

# VU Research Portal

## Rechtvaardiging van kinderbescherming

Bruning, M.R.

2001

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Bruning, M. R. (2001). *Rechtvaardiging van kinderbescherming: Naar een nieuw maatregelenpakket na honderd jaar kinderbescherming*. [, Vrije Universiteit Amsterdam]. Kluwer Juridische Uitgevers.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# 1 Inleiding

## 1.1 Rechtvaardiging van kindbescherming

Ieder kind heeft recht op bescherming en zorg. Als we spreken over het recht op bescherming van een minderjarige, gaat het om de driehoeksverhouding tussen minderjarige, ouders en overheid. Primair wordt de minderjarige beschermd door de ouders die verantwoordelijk zijn voor de verzorging en opvoeding. Pas als er problemen zijn die ofwel liggen bij de minderjarige, ofwel bij de ouders, ofwel in de relatie tussen minderjarige en ouders, en deze problemen ertoe leiden dat de minderjarige niet voldoende beschermd wordt of beschermd kan worden door de ouders, komt de overheid in beeld, die de verplichting heeft om het kind de benodigde bescherming te bieden. Deze verplichting vloeit voort uit art. 3 lid 2 IVRK, waarin is bepaald dat *“de staten die partij zijn bij het verdrag zich ertoe verbinden het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn of haar welzijn, rekening houdend met de rechten en plichten van zijn of haar ouders, wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk voor het kind zijn, en hiertoe alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen nemen.”* Een uitwerking van deze verplichting voor Nederland is te vinden in boek 1 BW, waar de civielrechtelijke maatregelen van kindbescherming zijn opgenomen. In de wettelijke regeling is bepaald dat als aan één van de daarin genoemde rechtsgronden is voldaan, een inbreuk kan worden gemaakt op het ouderlijk gezag ter bescherming van de minderjarige.

De eerste kindbeschermingsmaatregelen<sup>1</sup> zijn ongeveer honderd jaar geleden ontstaan. Aan het eind van de negentiende eeuw kwam er een ontwikkeling op gang die uiteindelijk geleid heeft tot de invoering van de Kinderwetten van 1901, waarmee de maatregelen van ontheffing van het ouderlijk gezag (dat toen nog ‘ouderlijke macht’ was) zonder verzet van ouders, ontzetting uit het ouderlijk gezag en schorsing van het ouderlijk gezag met voorlopige toevertrouwing van de minderjarige wettelijk zijn ingevoerd. Na verloop van tijd bleken deze maatregelen niet voldoende om de minderjarige de passende hulp te bieden en werd er gezocht naar preventieve maatregelen ter bescherming van de minderjarige. Dit heeft geleid tot de invoering van de ondertoezichtstelling (OTS) in 1921, de maatregel van kindbescherming die het mogelijk maakte om het ouderlijk gezag niet te ontnemen, maar hulp te bieden aan de minderjarige en de ouders binnen het gezin. Na de invoering van de OTS was al snel duidelijk dat deze maatregel veelvuldig werd toegepast in combinatie met een uithuisplaatsing (UHP), waardoor kind en ouders toch werden gescheiden. De ruim geformuleerde rechtsgrond van de OTS, waarin de bedreiging van de minderjarige werd genoemd als reden tot interventie in het gezin, kon gemakkelijk worden toegepast in verschillende situaties. Omdat de gronden voor ontheffing en ontzetting juist op het gedrag van ouders waren gericht en vaak als te rigide werden ervaren, aangezien het ouderlijk gezag geheel ontnomen werd, leidde dit tot een groot aantal door de kinderrechtster uitgesproken ondertoezichtstellingen.

---

1 Hoewel er veel voor te zeggen is om te spreken over ‘jeugdbescherming’ en ‘jeugdbeschermingsmaatregelen’, zoals de cie. Wiarda dit in 1971 al heeft voorgesteld, is het begrip ‘kindbescherming’ nog altijd meer ingeburgerd in onze samenleving; ik zal deze laatste term gebruiken.

De kinderrechter die over een OTS besliste, stelde veel gezinsvoogden aan die ouders en minderjarige hulp en steun boden.

Het pakket van kinderbeschermingsmaatregelen was met de invoering van de OTS nog niet compleet. Het veelvuldig gebruik van de OTS werd versterkt door het feit dat een ontheffing van het ouderlijk gezag niet kon worden uitgesproken indien ouders zich hiertegen verzetten. Dit manco werd verholpen door ook de wettelijke mogelijkheid tot gedwongen ontheffing in te voeren op grond van specifieke, wettelijk geformuleerde gronden, waardoor ontheffing ondanks verzet van ouders in bepaalde omstandigheden toch mogelijk werd. Tenslotte werd het veelvuldig gebruik van de UHP bij een OTS buiten de wet om door de wetgever aan banden gelegd door een regeling in te voeren die een UHP nog slechts mogelijk maakte bij een beslissing van de kinderrechter hiertoe, terwijl de maximale duur voor UHP bij een OTS op twee jaar werd bepaald. Als de bedreiging van de belangen van de minderjarige na twee jaar OTS met UHP nog niet was opgeheven, kon het doel van de maatregel van OTS om preventief hulp te bieden aan het gezin zonder ouders en kind (langdurig) te scheiden niet langer worden bereikt en diende een andere oplossing te worden gezocht voor de bescherming van de minderjarige, bijvoorbeeld door het uitspreken van een maatregel tot gedwongen ontheffing.

In de laatste vijftig jaar is het maatregelenpakket qua samenstelling ongewijzigd gebleven. De rechtswaarborgen van betrokkenen bij een maatregel van kinderbescherming zijn verbeterd sinds recente wetswijzigingen die tot doel hadden om de rechtspositie van betrokkenen te versterken. Hiertoe is een aantal wetswijzigingen doorgevoerd waarmee de mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep is verbeterd, zijn vervaltermijnen in de wet opgenomen zodat een maatregel niet te lang zonder rechterlijke toetsing kan doorlopen en zijn de rechtsprekende en uitvoerende taak bij een OTS gescheiden om de onpartijdigheid van de kinderrechter te garanderen. Tevens is het onderscheid tussen de taken van de Raad voor de Kinderbescherming (RvdK) als verzoekend orgaan, de kinderrechter als rechtsprekend orgaan en de (gezins-)voogdij-instelling als uitvoerend orgaan verduidelijkt.

De verplichting van de overheid tot het bieden van bescherming en zorg aan minderjarigen door middel van het gebruik van een kinderbeschermingsmaatregel leidt ertoe dat een inbreuk wordt gemaakt op het gezinsleven van ouder(s) en minderjarigen. Dit gezinsleven is een recht van ouders en kinderen, zo blijkt uit art. 8 EVRM, waarin is bepaald dat *“een ieder recht heeft op respect voor zijn familie- en gezinsleven”* en dat *“geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover dit bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang... van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”* Ook een minderjarige heeft recht op bescherming van zijn of haar gezinsleven. Dit blijkt verder uit art. 9 IVRK: *“de staten die partij zijn, waarborgen dat een kind niet wordt gescheiden van zijn of haar ouders tegen hun wil... tenzij dit noodzakelijk is in het belang van het kind, zoals wanneer sprake is van misbruik of verwaarlozing van het kind...”* Zowel het belang van de minderjarige op bescherming door de overheid als het belang van ouder(s) en minderjarigen op de instandhouding van hun gezinsleven speelt een rol bij de beslissing of het opleggen of instandhouden van een maatregel van kinderbescherming in een bepaalde gezinssituatie genoodzaakt is. Indien het recht van de minderjarige op

bescherming door de overheid bij de belangenafweging het zwaarst weegt, vraagt de inbreuk op het recht op respect van het gezinsleven en hiervan afgeleid het recht van ouders om het ouderlijk gezag uit te oefenen om een juridische rechtvaardiging. Dit houdt in dat de overheidsinbreuk juridisch verantwoord dient te worden.

De primaire rechtvaardiging voor overheidsinterventie in het gezinsleven door toepassing van een maatregel van kinderscherming is zonder twijfel de bescherming van de minderjarige. Deze bescherming door de overheid kan echter ook op andere manieren worden gerealiseerd, bijvoorbeeld door het garanderen van een effectief en voldoende vrijwillig hulpverleningsaanbod in Nederland. Dit biedt een vorm van bescherming voor gezinnen die het zelf niet redden, zonder dat een inbreuk wordt gemaakt op het ouderlijk gezag. Toch is een vrijwillig hulpverleningsaanbod niet voor alle problematische gezinssituaties genoeg om de minderjarige voldoende bescherming te bieden. De maatregelen van kinderscherming bieden dan uitkomst om de bescherming langs civielrechtelijke weg alsnog te kunnen garanderen. Omdat de toepassing van een maatregel leidt tot een inbreuk op het ouderlijk gezag, is er meer rechtvaardiging nodig dan simpelweg te stellen dat dit nu eenmaal ter bescherming van de minderjarige noodzakelijk is. Het gaat hierbij namelijk om gedwongen hulpverlening die door een rechter op grond van de wettelijke regeling wordt opgelegd. Het opleggen van gedwongen hulpverlening ter bescherming van de minderjarige, waardoor een inbreuk wordt gemaakt op het ouderlijk gezag, vereist dan ook een directe rechtvaardiging voor betrokkenen bij een maatregel.

Onder directe rechtvaardiging van overheidsinterventie ter bescherming van de minderjarige door de toepassing van een maatregel van kinderscherming wordt een juridische rechtvaardiging verstaan, die in de wet is vastgelegd en door de rechter in een concrete zaak wordt toegepast. Een rechtvaardiging die niet uit de wet kan worden afgeleid, is niet voldoende. Zolang niet wettelijk is gebleken dat de maatregel van kinderscherming in een concreet geval op grond van de wet noodzakelijk is, bieden de argumenten die de verzoeker tot een maatregel van kinderscherming geeft (meestal de RvdK) voor het uitspreken van een maatregel of biedt een deugdelijke uitvoering van een maatregel mijns inziens niet voldoende rechtvaardiging voor het overheidsoptreden.

De directe rechtvaardiging kan in drie aspecten worden onderscheiden en uitgewerkt. Allereerst kunnen de rechtsgronden van de maatregelen van kinderscherming, zoals die in de wet zijn opgenomen, directe rechtvaardiging bieden voor de overheidsinbreuk in het gezinsleven. Onder rechtsgrond wordt het gehele wettelijke criterium dat de basis vormt voor een maatregel van kinderscherming verstaan. Een rechtsgrond geeft aan welke feiten ertoe leiden dat een maatregel noodzakelijk is ter bescherming van de minderjarige en kan behalve één of meer open normen uit andere aspecten bestaan, bijvoorbeeld uit een belang-clausule of een noodzakelijkheidsvereiste. Indien de concrete feiten die tot een problematische gezinssituatie hebben geleid voldoen aan de rechtsgrond, biedt dit de directe rechtvaardiging. De concrete omstandigheden van het geval die onder de rechtsgrond vallen, bieden directe legitimatie voor het opleggen van gedwongen hulpverlening. Hierbij geldt dat een concreet geformuleerde rechtsgrond meer rechtvaardiging biedt dan een rechtsgrond die bestaat uit open normen. Door bestudering van de wettelijke rechtsgronden en het ontstaan van

deze gronden kan gezocht worden naar de directe rechtvaardiging zoals de wetgever dit voor ogen staat.

In de tweede plaats kunnen de door de wetgever beoogde doelstellingen bij de toepassing van een maatregel van kinderbescherming directe rechtvaardiging bieden. Dit aspect van rechtvaardiging verwijst meer naar de oplossingsrichting dan naar de probleemrichting bij een concrete gezinssituatie. Als de na te streven doelen bij de verschillende maatregelen van kinderbescherming voor een ieder duidelijk zijn, wordt de overheidsinterventie gerechtvaardigd door het feit dat deze doelen in een bepaalde situatie nog niet zijn behaald. Dit impliceert ook dat als na het opleggen van een maatregel de na te streven doelen wél zijn behaald, er niet langer sprake is van voldoende rechtvaardiging. Dit geeft betrokkenen bij een maatregel, in de eerste plaats ouders en minderjarigen, een richting aan waar naartoe moet worden gewerkt. De verschillende doelstellingen kunnen afgeleid worden uit de wettelijke regeling en uit de bedoeling van de wetgever, die zou kunnen worden gedistilleerd uit de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de maatregelen van kinderbescherming. Als voor elke maatregel van kinderbescherming duidelijk is wat de doelstelling van de maatregel is, leidt dit er impliciet toe dat de grenzen tussen de verschillende maatregelen afgebakend zijn. Dit kan overigens ook worden bewerkstelligd door een duidelijke afbakening van de rechtsgronden van de verschillende maatregelen van kinderbescherming. Een duidelijke begrenzing tussen de maatregelen is nodig voor een deugdelijke rechtvaardiging.

De wettelijke rechtsgronden voor het opleggen van een kinderbeschermingsmaatregel en de uit de wet herleidbare doelstellingen bij de verschillende maatregelen bieden een algemene directe rechtvaardiging voor overheidsinterventie in het gezinsleven. Daarnaast dient een concrete directe rechtvaardiging te worden geboden door de algemene rechtvaardiging die de rechtsgronden en doelstellingen bieden, toe te passen op een concrete gezinssituatie. De toepassing van een civielrechtelijke maatregel ter bescherming van de minderjarige kan tenslotte derhalve op basis van de wet direct worden gerechtvaardigd door een rechter die de wet toepast en bepaalt wanneer een maatregel kan worden opgelegd of verlengd. Naast de wettelijke directe rechtvaardiging door middel van bestudering van rechtsgronden en doelstellingen kan een deugdelijke rechterlijke motivering ertoe leiden dat betrokkenen een directe rechtvaardiging voor de interventie in het gezinsleven wordt gegeven. Deze rechtvaardiging wordt door de kinderrechter geboden, die de wet inhoud geeft in een concrete situatie. Het is dan wel noodzakelijk dat de rechter een beschikking tot het opleggen of instandhouden van een maatregel van kinderbescherming deugdelijk motiveert en hierbij duidelijk aangeeft welke feiten ertoe hebben geleid dat aan de rechtsgrond is voldaan en welke doelstelling geldt in een concreet geval.

## 1.2 Vraagstelling en methode van aanpak

Dit onderzoek beoogt de manier in kaart te brengen waarop een directe rechtvaardiging wordt geboden voor Nederlandse overheidsinterventie in het gezinsleven ter bescherming van de minderjarige, door de toepassing van een maatregel van kinderbescherming, en welke mogelijke verbeteringen kunnen worden getroffen. De drie hierboven onderscheiden aspecten, die als hulpmiddel kunnen

dienen bij het bieden van directe rechtvaardiging, zullen hiertoe worden bestudeerd.

Gekozen is voor een historische aanpak; in een rechtshistorische studie zal worden onderzocht welke directe rechtvaardiging bij de totstandkoming van de kinderbeschermingsmaatregelen is geboden en hoe deze rechtvaardiging zich in de afgelopen eeuw heeft ontwikkeld. De rechtsgronden en doelstellingen bij de maatregelen zoals deze door de wetgever zijn aangereikt, zullen worden beschreven, waarbij een ontwikkeling tot op heden zal worden geschetst. Daarnaast zal aandacht worden besteed aan de wettelijke verplichting van de rechter tot motivering van beschikkingen, in het bijzonder beschikkingen inzake een maatregel van kinderbescherming, en zal aan de hand van een empirisch onderzoek inzicht worden gegeven in de inhoudelijke aspecten van rechterlijke motivering van OTS-zaken in hoger beroep.

Verder zal worden ingegaan op de directe rechtvaardiging bij kinderbescherming in Canada, waar de laatste tijd veel nieuwe ontwikkelingen gaande zijn ter verbetering van het wettelijk stelsel van kinderbescherming. Dit kan dienen tot inspiratie voor aanbevelingen ten aanzien van het Nederlandse kinderbeschermingsstelsel, teneinde de directe rechtvaardiging te verbeteren. Juist de Anglo-Amerikaanse ('*common law*') rechtssystemen zijn geschikt om voorbeelden en alternatieven te ontdekken bij de bestudering van de directe rechtvaardiging in een wettelijk kinderbeschermingsstelsel. Dit hangt samen met het feit dat het kinderbeschermingsstelsel in deze rechtssystemen wettelijk op een andere manier is vormgegeven. Verder heeft bij de keuze voor een ander rechtssysteem meegespeeld dat vooral in Noord-Amerika de laatste decennia veel aandacht is voor juridische verbeteringen van het stelsel van kinderbescherming. Voor Canada is in praktische zin gekozen omdat ik op de hoogte was van het feit dat daar recentelijk, net als in de Verenigde Staten, veel ontwikkelingen gaande zijn op het gebied van kinderbescherming die interessant kunnen zijn voor het Nederlandse kinderbeschermingsstelsel, terwijl Canada 'gemakkelijker' te bestuderen valt omdat het land vergeleken met de Verenigde Staten uit veel minder provincies bestaat en de Canadese maatschappij in politieke, culturele en sociaal-economische zin meer vergelijkbaar lijkt met de Nederlandse maatschappij.<sup>2</sup>

Hoewel de OTS tegenwoordig de meest voorkomende maatregel van kinderbescherming is, zullen ook de ontheffing en ontzetting en de tijdelijke maatregelen van voorlopige OTS en voorlopige voogdij worden beschreven, juist omdat een studie naar het gehele maatregelenpakket tot meer inzicht kan leiden in de wijze waarop een directe rechtvaardiging wordt geboden voor de inbreuk op het gezinsleven en het ouderlijk gezag. Hoewel bij de toepassing van een maatregel van kinderbescherming ook sprake kan zijn van een inbreuk op de voogdij, zal in het kader van dit onderzoek slechts gesproken worden over de inbreuk op het ouderlijk gezag. Sinds 2 november 1995 wordt het aan ouders toekomende gezag altijd ouderlijk gezag genoemd, terwijl het bij voogdij gaat om gezag van een derde.<sup>3</sup> In dit onderzoek zal de inbreuk op het gezinsleven van ouders en minderjarigen centraal staan.<sup>4</sup>

---

2 Te denken valt bijv. aan de gezondheidszorg en het onderwijs: in Canada heeft elke burger, net als in Nederland, een gelijk recht op gezondheidszorg, terwijl ook elke burger, onafhankelijk van zijn of haar vermogen, een gelijk recht op onderwijs heeft.

3 Wet van 6 april 1995, Stb. 240.

4 Waar ik verder spreek over 'ouders', dient ook 'ouder' gelezen te worden.

In hoofdstuk twee tot en met vier zal op basis van bestudering van de relevante wetten en parlementaire stukken, jurisprudentie en juridische literatuur worden aangegeven hoe de wetgever en de rechterlijke macht zich opstelden ten opzichte van de maatregelen van kinderbescherming en welke rechtsgronden en doelstellingen in wet en rechtspraak de overheidsinterventie legitimeerden. In hoofdstuk vijf tot en met zeven zullen de meest recente ontwikkelingen omtrent het wettelijk systeem van kinderbeschermingsmaatregelen worden geschetst, waarbij voor een thematische aanpak is gekozen van achtereenvolgens de versterking van de rechtspositie bij kinderbescherming, de ontwikkeling van de rechtsgronden en de ontwikkeling van de doelstellingen in het huidige maatregelenpakket.

Vervolgens zullen de resultaten van een empirische studie naar rechterlijke motivering van OTS-zaken worden gepresenteerd. Met deze studie is beoogd om zichtbaar te maken hoe tegenwoordig in een rechterlijke beschikking een maatregel van kinderbescherming wordt gemotiveerd. De verschillende argumenten uit de beschikkingen zullen hiertoe voor zover mogelijk worden geordend. Een deugdelijke rechterlijke motivering kan namelijk ook een directe rechtvaardiging bieden voor de overheidsinterventie in het gezinsleven. Bij het empirisch onderzoek zijn alle beschikkingen in hoger beroep uit één jaar bestudeerd. Deze keuze is gemaakt vanuit de gedachte dat bestudering van de beschikkingen in hoger beroep de meeste resultaten zou opleveren: uitspraken over de toepassing van een maatregel van kinderbescherming vindt men nauwelijks terug bij de arresten van de Hoge Raad gezien het feitelijke karakter, terwijl de beschikkingen in eerste aanleg door kinderrechters veelal worden afgedaan met een standaardmotivering. Dit hoofdstuk, dat gebaseerd is op empirische gegevens, wordt voorafgegaan door een theoretisch hoofdstuk over de vereisten voor een rechterlijke motivering, in het bijzonder voor beschikkingen in hoger beroep.

Na in kaart te hebben gebracht hoe sinds het ontstaan van de maatregelen van kinderbescherming een directe rechtvaardiging is geboden, zal ik in de laatste hoofdstukken ingaan op de vraag hoe de directe legitimatie van overheidsinterventie ter bescherming van de minderjarige kan worden verbeterd. Hiertoe worden in hoofdstuk tien de resultaten van een rechtsvergelijkende studie met Canada gepresenteerd, bedoeld ter inspiratie voor een verbetering van de directe rechtvaardiging voor overheidsinterventie bij toepassing van een maatregel van kinderbescherming. De recente ontwikkelingen met betrekking tot rechtsgronden en doelstellingen van de maatregelen van kinderbescherming in enkele Canadese provincies zullen in dit hoofdstuk centraal staan. Tenslotte zal in het laatste hoofdstuk een voorstel worden gepresenteerd dat een verbetering beoogt van de directe legitimatie van Nederlandse overheidsinterventie in het gezinsleven bij toepassing van een maatregel van kinderbescherming. Hiertoe zal het pakket van kinderbeschermingsmaatregelen nader worden geanalyseerd en zal naast een voorstel tot wijziging van het klimaat van kinderbescherming de aanbeveling tot een nieuw maatregelenpakket volgen.

## 2 Invoering en toepassing van de ontheffing en ontzetting

### 2.1 Inleiding

Tot in de negentiende eeuw lijkt de vader een absoluut recht over zijn kinderen te hebben gehad. In de wet heet dit dan ook ‘vaderlijke macht.’ Langzaam verdwijnt dit absolute recht naar de achtergrond om in 1901 plaats te maken voor ‘ouderlijke macht’; uiteindelijk zal dit in 1995 veranderen in de term ‘ouderlijk gezag.’ De verschuivingen in het denken omtrent de rechtsverhouding tussen ouders en kinderen hebben zich vooral voorgedaan rond de voorlaatste eeuwwisseling, toen vanuit verschillende hoeken van de samenleving stemmen opkwamen om de vaderlijke macht te beperken in het belang van het kind. Niet langer werd geaccepteerd dat de vader een onbeperkte macht over zijn kinderen kon uitoefenen, waarbij alles geoorloofd was. De vaderlijke macht komt steeds meer onder druk te staan en de overheid krijgt de taak toebedeeld om in te grijpen in het gezin als dit noodzakelijk is. Op deze manier wordt de gedachte dat de vaderlijke macht kon worden ontnomen als daar voldoende redenen toe zijn langzaam gemeengoed.

De ontzetting uit het vaderlijk gezag was al opgenomen als bijkomende straf in het WvSr. Dit bleek echter niet in alle situaties voldoende te zijn. Als er geen sprake was van een strafrechtelijke veroordeling, kon men niets beginnen tegen ouders die hun kinderen verwaarloosden of mishandelden en tegen ouders die misbruik maakten van hun macht. Daarom wordt in de jaren vóór 1900 door velen gewezen op de noodzaak om ook in die gevallen ontzetting uit de vaderlijke en later ouderlijke macht mogelijk te maken. De overheid zou moeten toezien op een juiste bejegening door ouders van hun kinderen en zou moeten ingrijpen in het gezin als dit noodzakelijk was.

Deze ingrijpende verandering in de positie van de overheid ten opzichte van het gezin en de tot dan toe onbeperkte ouderlijke macht brengt rond de voorlaatste eeuwwisseling veel commotie teweeg. Voor velen is moeilijk te accepteren dat de overheid nu zeggenschap zou krijgen in het gezin, dat tot dan toe als heilig en onaantastbaar werd gezien. Anderen pleiten voor een drastisch overheidsingrijpen in het gezin waar dat nodig zou zijn om een kind te beschermen. Hierbij spelen ook ontwikkelingen vanuit het buitenland een rol. In de meeste westerse landen komen in deze periode speciale kindervetten tot stand die de overheidsinterventie in het gezin wettelijk regelen.

In de periode vóór en tijdens de totstandkoming van de Kinderwetten in Nederland komen bepaalde vragen naar voren. Allereerst de vraag naar de theoretische legitimatie van overheidsingrijpen; hoe legitimeert de wetgever het interveniëren in het gezin door ouders te ontzetten uit of te ontheffen van de ouderlijke macht? Hierbij speelt de vraag of de ouderlijke macht als recht of als plicht moet worden gezien een rol, waarbij de opvattingen over de doorwerking van het Romeinse en het Germaanse rechtssysteem van invloed zijn. Ook moet worden uitgemaakt hoe de taak van de overheid om in te grijpen in het gezin in een wettelijke regeling moet worden omgezet, welke gronden moeten gelden, wat de doelstellingen zijn en in hoeverre de rechter de rechtsgronden vrij kan



beoordelen of concreet moet toetsen als deze oordeelt over een maatregel van kinderscherming.

In dit hoofdstuk zullen de ontwikkelingen die tot de totstandkoming van de Kinderwetten hebben geleid worden beschreven, waarbij aandacht zal worden geschonken aan de invloed van buitenlandse ontwikkelingen. Vervolgens zullen de maatregelen van ontheffing en ontzetting, zoals deze uiteindelijk in de wet zijn opgenomen, worden behandeld. Hierbij zal de wettelijke rechtvaardiging voor overheidsingrijpen in het gezin ter bescherming van het kind, die valt af te leiden uit de doelstellingen en rechtsgronden van de maatregelen, centraal staan. Tenslotte zal aan de hand van jurisprudentie worden aangetoond hoe de kinderschermingsmaatregelen na de inwerkingtreding in de praktijk worden toegepast.

## 2.2 Aanzetten tot de Kinderwetten

Volgens de traditionele opvatting beschikken ouders vóór de Kinderwetten van 1901 over absolute macht over hun minderjarige kinderen. Deze absolute macht gaat terug tot het Romeinse recht, waar de vader dankzij zijn patria potestas onaantastbaar was.<sup>1</sup>

Rond het eind van de negentiende eeuw komt in Nederland de eerste sociale wetgeving tot stand. In deze tijd van industrialisatie en migratie naar de grote steden werken vaak zowel vader, moeder als kinderen. De sociale verzorgingsstaat komt door toedoen van burgers en de staat op als gevolg van bemoeienis met de armen op grond van sociale bewogenheid, kerkelijke voorschriften en angst of eigenbelang. Kinderbescherming paste dan ook in de bredere bemoeienis van de burgerij en de overheid met arme gezinnen, waarbij de overheid eveneens intervenieerde. Van Houten, initiatiefnemer van de eerste wet tegen kinderarbeid in 1874, voert met zijn ‘Kinderwetje’ de eerste maatregelen tot het tegengaan van overmatige arbeid en verwaarlozing van kinderen in. “*Hoewel deze wet slechts indirect de ouderlijke macht aantast..., mag deze regeling wel vermeld worden als een eerste stap op de weg der beperking van de ouderlijke macht in het belang van het kind.*”<sup>2</sup> De samenhang van kinderscherming en andere vormen van sociale interventie blijkt ook uit het gegeven, dat bij de discussies over het verbieden van fabrieksarbeid voor kinderen en het invoeren van de leerplicht, regelmatig verwezen werd naar de noodzaak kinderen te beschermen tegen verwaarlozing en naar het recht van de staat om in te grijpen in de verhouding tussen ouders en kinderen.<sup>3</sup>

Tot het eind van de negentiende eeuw bemoeit de overheid zich niet met de uitoefening van het ouderlijk gezag of een beperking daarvan. De overheid ziet voor zichzelf nog geen taak weggelegd om in te grijpen in het van oorsprong bijna onaantastbare gezin. In het WvSr was slechts ontzetting uit de vaderlijke macht

---

1 Zie Van Montfoort (1994), p. 73. Een iets meer genuanceerde opvatting heeft bijv. Coenen (1892), die in zijn dissertatie aantoont dat noch bij de Romeinen, noch in de Coutumes, noch in de Code Civil een waarlijk absolute vaderlijke macht ooit heeft bestaan. Zo ook Beneditty (1910), die in zijn dissertatie stelt dat de discussie over de verhouding ouderlijke macht, overheid en kinderscherming al vanaf de antieke beschaving gaande is. Hij geeft als voorbeeld Charron, een Franse schrijver uit 1603, die vond dat de overheid moest ingrijpen in het vaderlijk gezag als de kinderen slechte dingen leerden van de vader of anderszins niet goed werden opgevoed.

2 Hesse (1908), p. 48. Zie hierover ook bijv. Asser (1897), p. 220.

3 Zie Van Montfoort (1994), p. 76 e.v.

opgenomen als bijkomende straf.<sup>4</sup> De rechter was in gevallen, zoals opgesomd in de strafwet, vrij om de ontzetting uit de ouderlijke macht wel of niet uit te spreken. Met uitzondering van een ontzetting als bijkomende straf bij een levenslange gevangenisstraf was deze ontzetting slechts tijdelijk: de ontzetting kon worden uitgesproken voor tenminste twee en ten hoogste vijf jaar langer dan de hoofdstraf. Ook was wettelijk niet geregeld dat een ander nu de taak op zich nam, die de ouder ontnomen was. Het doel van deze ontzetting uit de vaderlijke macht leek niet te zijn het kind te beschermen, maar de vader te straffen. Om deze redenen stelt Asser in 1897 dat ontzetting van de ouderlijke macht als straf voor de vader zowel theoretisch als praktisch onjuist is.

Nadat op basis van de Wet Van Houten een eerste stap was gezet op weg naar een beperking van de ouderlijke macht, wordt de Staatscommissie van 1880 ingericht. Ook zij is van de idee doordrongen dat de staat de natuurlijke beschermer van de zwakken is en op deze grond kan ingrijpen in het gezin. In 1886 komt zij met een ontwerp voor een nieuw eerste boek van het BW, waarin zij op het punt van de vaderlijke macht op belangrijke wijze van het geldende recht afwijkt. Voor het eerst in de geschiedenis geeft zij een plaats aan de ontzetting uit de ouderlijke macht door de burgerlijke rechter.<sup>5</sup> Een uitgebreide toelichting op de rechtvaardiging van het overheidsingrijpen wordt door de Staatscommissie blijkbaar niet nodig geacht. In de Memorie van Toelichting wordt het volgende aangevoerd: *“Dat de strafrechter in de gevallen bij het WvSr omschreven de ontzetting uit het ouderlijk gezag kan uitspreken, wordt in dat wetboek bepaald; het was onnoodig dit hier te herhalen. Maar daarnaast kunnen zich gevallen voordoen van ergerlijke misdraging, verregaande miskennen der ouderlijke plichten of misbruik van het daaruit voortvloeiende gezag van dien aard, dat in het belang der kinderen ontneming van het ouderlijk gezag onvermijdelijk schijnt. Hierin ligt geen uitbreiding der eenmaal aangenomen strafbepaling; omdat de burgerlijke wet niet met bedoeling om te straffen, maar op gronden van onwaardigheid eene door haar met burgerrechterlijke gevolgen gegeven bevoegdheid, die zelve veel meer plicht dan recht is, ontnemt.”*<sup>6</sup> In dit voorstel wordt ontzetting gezien als middel ter bescherming van het kind in plaats van enkel als straf voor de ouder; voor het beschermen van het verwaarloosde kind was een nieuwe regeling in het BW nodig. Het voorstel blijft echter onbesproken.

In december 1893 richt het Bestuur van de ‘Vereeniging tot steun van verwaarloosde en gevallenen’ een adres aan de minister van Justitie. Hierin wijst hij op een leemte in de wet; bij zware en schandelijke misdrijven, door de ouders tegen het kind gepleegd, kunnen deze slechts bij wijze van straf tijdelijk uit de ouderlijke macht worden ontzet. De grond van ontzetting zou altijd in het belang van het kind moeten zijn en zou in het Burgerlijk Wetboek moeten worden opgenomen. Het Bestuur van de Vereniging Armenzorg te Arnhem verzoekt in januari 1894 eveneens aan de minister van Justitie om een regeling in het BW op

---

4 Op grond van art. 30 (oud) WvSr. Zie hierover o.a. Asser (1897), p. 220, De Savornin Lohman (1896), p. 1 e.v. en Van Der Burgt (1922), p. 2.

5 Art. 344 BW luidde in het ontwerp als volgt:

Door den burgerlijken rechter kan ontzetting uit het ouderlijk gezag worden uitgesproken wegens:

1. slecht levensgedrag;

2. verregaande verwaarloozing van de verplichting tot onderhoud en opvoeding;

3. het uit winstbejag noodzaken van het kind tot overmatigen arbeid.

Zij kan gevraagd worden door den anderen der ouders, de verwanten van het kind tot den derden graad ingesloten en het OM. Zie o.a. Brands-Bottema (1988), p. 144 en Hesse (1908), p. 49.

6 Zie Hesse (1908), p. 49.

te nemen die de mogelijkheid opent om aan ouders de uitoefening der ouderlijke macht (tijdelijk door middel van schorsing) te ontnemen, zij het in exceptionele gevallen.

Ook door anderen wordt aandacht gevraagd voor een nieuwe regeling tot ontzetting uit de ouderlijke macht, waarbij het begrip ‘het verwaarloosde kind’ een centrale plaats gaat innemen. Zo wijst Levy in zijn toespraak bij de jaarlijkse algemene vergadering van de ‘Maatschappij tot Nut van ’t Algemeen’ in 1894 op de noodzaak van een regeling van ontzetting uit de ouderlijke macht in het BW. In een verslag uitgebracht aan de ‘Volksbond Vereeniging tegen Drankmisbruik’ wijst hij opnieuw op deze noodzaak. Hij keert zich tegen de gedachtengang die de strafrechtelijke ontzetting van de ouderlijke macht ongehinderd laat voortbestaan. De ontzetting zou namelijk geen tijdelijk karakter moeten dragen, zoals dat in het WvSr was geregeld en zoals het bestuur van de Vereniging Armenzorg te Arnhem dat voorstaat, maar zou een blijvende maatregel moeten zijn. Rethaan Macaré staat in zijn preadvies aan de Nederlandse Juristenvereniging in 1895 eveneens een nieuwe, speciale regeling voor, die bepaalt wanneer ontzetting van de ouderlijke macht uitgesproken kan worden.<sup>7</sup>

In deze voorstellen wordt steeds gesproken over het verwaarloosde kind. Jeugdige verwaarloosden zijn *“de kinderen, wier ouders, door omstandigheden, al of niet afhankelijk van hun wil, hen doen of laten bedelen, rondzwerven of prostitueren... ieder ook kent zulke kinderen, de schrik van de buurt, voor wie niets veilig is en wien alles een welkome buit is; vader en moeder, half dronken, onverschillig omtrent het wezen dat zij hebben voortgebracht, azen op dien buit en sturen het kind, den volgenden dag, weder uit voor hetzelfde doel.”*<sup>8</sup> Verwaarloosde kinderen krijgen steeds meer aandacht; omdat zij niet per definitie op grond van de strafwet beschermd kunnen worden (namelijk alleen als de ouders een bepaald misdrijf hebben begaan en strafrechtelijk zijn veroordeeld), moet de overheid hier naar voren treden om hen te beschermen. *“Het staatsbelang eischt gebiedend, dat maatregelen genomen worden om de verwaarloozing der toekomstige staatsburgers tegen te gaan. Bij alle maatregelen moet in de eerste plaats gevraagd worden: wat is in het belang van allen? Dat zal in casu ook blijken het meest in het belang te zijn van het kind; persoonlijke rechten moeten geëerbiedigd worden, zoolang er geen misbruik van wordt gemaakt ten nadeele van het algemeen. Vooral moeten de pogingen van bijzondere personen en instellingen om nuttig te zijn kunnen steunen op de bestaande wetgeving.”*<sup>9</sup>

Het verwaarloosde kind wordt in verband gebracht met het misdadige kind. Levy stelt: *“Men behoort te komen tot het klare inzicht, dat het strafwaardige kind als regel, niets is dan een species van een veel grooter geheel. Dat geheel heet: verwaarloosde, zedelijk verlaten, in letterlijken en figuurlijken zin aan eigen lot overgelaten kinderen.”*<sup>10</sup> Door velen wordt gewezen op de toenemende losbandigheid en tuchtloosheid van de jeugd. Om deze ontwikkeling tegen te gaan, zou moeten worden ingegrepen in het ouderlijk gezag. Als namelijk het misdadige kind in feite een verwaarloosd kind is, kan jeugdige criminaliteit worden voorkomen door op tijd in te grijpen. Juiste opvoeding wordt hierbij gezien als essentiële voorwaarde om later tot nuttig lid van de maatschappij te functioneren.

---

7 Coenen pleit in zijn dissertatie uit 1892 ook al voor een nieuwe regeling van ontzetting uit de ouderlijke macht in het BW zoals dit is geregeld in de Franse wet van 1889.

8 Engelen (1895), p. 5.

9 Zie Levy/Hugenholtz/Rethaan Macaré /Nolen (1898), p. 204.

10 Levy (1894), p. 12.

Een preventieve aanpak zou tot succes kunnen leiden; zo wordt voor een nieuwe regeling tot ontzetting uit de ouderlijke macht gepleit op grond van het adagium ‘voorkomen is beter dan straffen.’<sup>11</sup> Op deze manier kan de toenemende tuchteloosheid van de jeugd aan banden worden gelegd, kan jeugdige misdadigheid worden tegengegaan en kan de maatschappij tegen deze toekomstige jeugdige criminelen worden beschermd.

In 1897 doet Asser naar aanleiding van een prijsvraag, uitgeschreven door het gesticht Thalita Kumi, een voorstel tot een nieuwe regeling van ontzetting uit de ouderlijke macht in het BW. Hij laat zich hierbij inspireren door de Franse wet van 1889 ‘*sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés*’.<sup>12</sup> Hij komt met een nieuwe wettekst gebaseerd op de Franse wet, waarbij hij ervan uitgaat dat “*waar het ouders zelve betreft, groote omzichtigheid plicht is bij het ingrijpen in deze door de natuur gestichte betrekking, dat het ingrijpen steeds een exceptionele maatregel moet blijven... immers, het streven moet niet zijn dien band te verzwakken, maar integendeel hem zóó krachtig te maken, dat het gebouw der samenleving veilig kan steunen op het huisgezin.*”<sup>13</sup> Het voorstel van Asser is van grote invloed geweest op de totstandkoming van de Kinderwetten.<sup>14</sup>

Niet alleen Asser beroept zich op de Franse wet; ook anderen die pleiten voor een nieuwe regeling ter ontzetting uit de ouderlijke macht verwijzen naar Frankrijk, andere Westeuropese landen en de Verenigde Staten. In vele landen komen bijna gelijktijdig nieuwe wetten tot stand die overheidsingrijpen in het gezin toestaan en een beperking van of ontzetting uit de ouderlijke macht regelen. De invloed van buitenlandse wetgeving op dit terrein is groot bij de ontwikkeling in Nederland naar een nieuwe wet die ouders ontzet en kinderen beschermt. Buitenlandse ontwikkelingen wordenesignaleerd en vergeleken met de nieuwe voorstellen die in Nederland worden gedaan. Bij het denken over een nieuwe regeling dient de buitenlandse wetgeving als inspiratie.<sup>15</sup> Zo is in Frankrijk de eerdergenoemde wet van 24 juli 1889 ingevoerd en is deze in belangrijke mate aangevuld en verbeterd in een nieuwe wet van 19 april 1898. Ouders kunnen op basis van deze wet worden ontzet uit de ouderlijke macht als zij veroordeeld zijn wegens bepaalde in de wet genoemde delicten, bij bekend slecht levensgedrag, voortdurende dronkenschap of mishandeling.<sup>16</sup> In Engeland is de wettelijke bescherming van minderjarigen geregeld in de wet van 17 augustus 1894 ‘*to the Prevention of Cruelty to, and Protection of, Children*’, ook wel bekend als de ‘*Children’s Charter*’: het kind kan worden onttrokken aan de ouder die het slecht behandeld heeft.<sup>17</sup> Hierin is verder bepaald dat degene die de zorg over een kind heeft en deze slecht behandelt, verwaarloost, verlaat of aan gevaar blootstelt of onnodig lijden of schade aan de gezondheid van het kind toebrengt, schuldig is aan een misdrijf en wordt gestraft met een boete of gevangenisstraf.

---

11 Zie hierover o.a. Coenen (1892), Rethaan Macaré (1895) en Canes (1905).

12 Zie Coenen (1892) voor een uitgebreide bespreking van deze wet.

13 Zie Asser (1897), p. 8.

14 Zo ook Hesse (1908), p. 54.

15 Zie over buitenlandse wetgeving o.a. Coenen (1892; over de Franse wet); Levy/Hugenholtz/Rethaan Macaré/Nolen (1898); A.F. De Savornin Lohman (1896); Asser (1897); Toorenburg (1918; over de Franse en Noorse wet).

16 De wet onderscheidt drie categorieën: ontzetting van rechtswege als gevolg van bepaalde strafrechtelijke veroordelingen, facultatieve ontzetting op grond van bepaalde strafrechtelijke veroordelingen en ontzetting zonder misdrijf maar op grond van onwaardig gedrag van ouders waardoor zij de gezondheid, veiligheid of moraliteit van hun kinderen in gevaar brengen.

17 Zie ook hfst. 10, par. 2.2.

In Duitsland treedt op 1 januari 1900 het Burgerlijk Wetboek in werking: par. 1666 bepaalt dat indien het geestelijk en lichamelijk welzijn van het kind in gevaar wordt gebracht doordat de vader zijn opvoedingsrecht misbruikt, het kind verwaarloost of zich aan een eerloos of onzedelijk gedrag schuldig maakt, de voogdijrechter de maatregelen die noodzakelijk zijn tot afwending van het gevaar moet nemen. Zo kan de voogdijrechter bevelen dat het kind ter opvoeding in een pleeggezin, een opvoedingsgesticht of verbeterhuis geplaatst wordt. Het moet hierbij wel gaan om schuld van de vader, ook bij verwaarlozing van het kind.

In de Verenigde Staten hebben enkele staten ook wetten ingevoerd tot voorkoming van de verwaarlozing van kinderen.<sup>18</sup> In de staat New York is degene die met opzet de vervulling van zijn wettelijke plicht om een minderjarige te verzorgen en op te voeden nalaat schuldig aan een misdrijf, net zoals degene die is belast met de zorg over een minderjarige en die veroorzaakt of toelaat dat het leven van de minderjarige gevaar loopt of dat zijn gezondheid geschaad of zedelijkheid verdorven wordt. Verder bestaat in enkele staten van de Verenigde Staten de mogelijkheid om vrijwillig afstand te doen van de vaderlijke macht.<sup>19</sup> Ook in bijvoorbeeld Zwitserland, Oostenrijk, Noorwegen, Denemarken en Rusland treden in deze tijd wetten in werking die het mogelijk maken om ouders te ontzetten uit de ouderlijke macht ter bescherming van minderjarigen.

In 1897 komt minister van Justitie Van Der Kaay met een ontwerp van wet tot opheffing van de leemte in de Nederlandse wetgeving ten opzichte van de bescherming van minderjarigen. Hij komt met een voorstel tot herziening van het BW en de opnemings van twee nieuwe instituten, namelijk ontzetting uit en ontheffing van het gezag.<sup>20</sup> Dit wetsontwerp wordt echter nooit behandeld. Na de verkiezing van de Tweede Kamer in de zomer van 1897 wordt een nieuw kabinet geformeerd, waarna alle aanhangige wetsvoorstellen worden ingetrokken.

## 2.3 De Kinderwetten 1901

Tijdens het nieuwe kabinet Pierson-Borgesius dient minister van Justitie Cort van der Linden al spoedig een wetsvoorstel in *‘tot wijziging en aanvulling van de bepalingen in het BW omtrent de vaderlijke macht en de voogdij en de daarmee samenhangende artikelen.’* Bij Koninklijke Boodschap van 13 mei 1898 wordt dit

---

18 Zie vorige noot.

19 Zie Levy/Hugenholtz/Rethaan Macaré/Nolen (1898), p. 195 e.v.

20 De ontzetting kan worden uitgesproken, indien de rechter het in het belang der kinderen noodzakelijk oordeelde, van ieder der ouders voor zoover hij het ouderlijk gezag nog niet verloren heeft, op verzoek van den anderen der ouders, van een der bloedverwanten of aangehuwden tot den vierden graad ingesloten of op vordering van het OM:

I. over alle kinderen wegens:

1. Misbruik van het ouderlijk gezag of verwaarlozing van de verplichting tot onderhoud en opvoeding der kinderen;
2. Slecht levensgedrag;
3. voorafgaande ontzetting van het ouderlijk gezag, de voogdij of de curatele over eigen kinderen door den strafrechter.

II. over een of meer kinderen, indien bij rechterlijke uitspraak hunne plaatsing in een Rijksopvoedingsgesticht is gelast.

Ontheffing van het ouderlijk gezag hetzij over alle hetzij over een of meer kinderen kan aan dengene der ouders, die het ouderlijk gezag uitoefent, op zijn verzoek worden verleend op grond, dat hij ongeschikt of niet in staat is voor hun onderhoud of hunne opvoeding te zorgen en het belang der kinderen zich niet tegen die ontheffing verzet.

gewijzigd wetsontwerp ten opzichte van het ontwerp uit 1897 bij de Tweede Kamer ingediend. De hoofdbeginselen van de wet vinden in het algemeen weinig tegenspraak en in enkele dagen is het wetsvoorstel in beide Kamers behandeld. Zo komt zonder problemen de nieuwe Kinderwet tot stand.

De nieuwe regeling maakt een onderscheid tussen de ouderlijke macht en de voogdij. Voorts krijgen de maatregelen van ontzetting en ontheffing een plaats in de wet, wordt er een Voogdijraad ingevoerd en wordt de minderjarigheidsgrens verlaagd tot eenentwintig jaar. Het begrip vaderlijke macht wordt in eerste instantie vervangen door het begrip ouderlijk gezag, maar na beraadslaging in de Kamers wordt dit alsnog gewijzigd in ouderlijke macht. In de Memorie van Toelichting worden door Cort van der Linden twee redenen genoemd voor een nieuwe regeling: *“Eensdeels komt men meer en meer tot het besef dat tot beteugeling van de baldadigheid, losbandigheid en criminaliteit der jeugd meer heil moet worden verwacht van de praeventieve werking eener goede opvoeding dan van het ingrijpen van de strafrechter. Anderdeels echter leert de ervaring dat het streven van bijzondere personen en vereenigingen welke zich het lot van verwaarloosde kinderen aantrekken, belemmerd en onmogelijk gemaakt wordt door de vaak onzekere en voor de behoeften van onzen tijd weinig berekende voorschriften van ons burgerlijk recht.”*<sup>21</sup>

De minister van Justitie geeft ook zijn standpunt weer ten opzichte van de vraag of de ouderlijke macht als recht of als plicht gezien moet worden; door de nieuwe regeling *“zal uit onze wetgeving verdwijnen de aanleiding voor de dwaling dat de ontzetting zou zijn een ontneming van rechten waarvan de vader het genot heeft, en niet eene opheffing van een op hem rustende plicht in het belang van het kind.”*<sup>22</sup> Verder wordt door hem niet met zoveel woorden over het karakter van de ouderlijke macht en de rechtvaardiging voor overheidsingrijpen in het gezin gerept. Hij noemt enkel dat *“ook zij die, evenals de ondergeteekende, de handhaving van het ouderlijk gezag erkennen als een der grondbeginselen die de Staat bij de regeling van het familierecht heeft te eerbiedigen, de noodzakelijkheid gevoelen om aan de onaantastbaarheid van dat gezag grenzen te stellen. Verwaarloozing der plichten welke ieder gezag medebrengt, ontaarding van machtsuitoefening in willekeur, misbruik van wettelijke bevoegdheden tot middelen van exploitatie, behooren te worden voorkomen of gekeerd.”*<sup>23</sup> Vooral vanuit de confessionele hoek wordt tijdens de behandeling van het wetsvoorstel gesproken over de bevoegdheid van de overheid om in te grijpen in de ouderlijke macht.<sup>24</sup>

De regeling van ontzetting uit de ouderlijke macht zoals deze was geregeld in het WvSr vervalt en wordt nu geheel geregeld in het BW. Ontheffing en ontzetting kunnen worden verzocht door de nieuw ingestelde Voogdijraad en worden gevorderd door het OM. Tot ontzetting kunnen ook de ouders die de ouderlijke macht hebben en bloedverwanten of aangehuwden van kinderen tot de vierde

---

21 De Vries en Van Tricht deel 1 (1903), p. 10.

22 De Vries en Van Tricht deel 1 (1903), p. 35.

23 De Vries en Van Tricht deel 1 (1903), p. 9.

24 Zie hierover o.a. Brands-Bottema (1988), p. 149.

graad een verzoek aan de rechter doen.<sup>25</sup> De minister motiveert de ontheffing en ontzetting als volgt: *“De beide rechtsmiddelen... hebben dit gemeen dat zij, in het belang der kinderen, een einde maken aan de rechten en verplichtingen van het ouderlijk gezag. Doch overigens verschillen zij ten eenemale van karakter. De ontzetting berust op het bewezen feit van moedwillig plichtverzuim of onwaardigheid, de ontheffing op het voor den rechter juist gebleken eigen oordeel der ouders dat het belang van hun kind medebrengt dat een ander zich met de taak der opvoeding belast. De plicht der ouders is tevens hun recht. Huns ondanks mag dat recht hun niet worden ontnomen dan wegens bewezen ernstige feiten. Waar echter de ouders zelve hun recht meenen te moeten prijsgeven, blijve toch nog den rechter de beslissing of niet het belang van het kind zich tegen de overdracht van hun plicht verzet.”*<sup>26</sup>

Ook regelt de nieuwe wet de voorlopige toevertrouwing van de kinderen bij een verzoek of vordering tot ontzetting uit de ouderlijke macht of bij feiten die tot ontzetting aanleiding kunnen geven. Het staat aan de rechtbank vrij om gedurende het onderzoek de uitoefening van de ouderlijke macht geheel of gedeeltelijk te schorsen en aan de andere ouder, een ander door haar aan te wijzen persoon of aan de Voogdijraad zodanige bevoegdheden ten aanzien van de persoon en de goederen van de kinderen toe te kennen als zij oirbaar zal achten.<sup>27</sup> De Officier van Justitie kan op grond van feiten die tot ontzetting kunnen leiden een minderjarige voorlopig aan de ouder die de ouderlijke macht uitoefent onttrekken en aan de zorg van de Voogdijraad toevertrouwen.<sup>28</sup> Er moet dan wel direct een vordering tot ontzetting worden ingediend. Aldus wordt een voorlopige maatregel van schorsing in de uitoefening van de ouderlijke macht toegestaan tijdens een procedure tot ontzetting of bij feiten die tot ontzetting kunnen leiden.

In het oorspronkelijke wetsontwerp van Cort van der Linden konden ouders ook een verzoek tot ontheffing indienen, zoals dit eveneens in het wetsvoorstel uit 1897 was geregeld. Wat betreft de mogelijkheid van ouders om zelfstandig een ontheffing te verzoeken aan de rechter wordt echter door sommigen de vrees geuit dat dit misbruik van de regeling en verwaarlozing van kinderen in de hand zou werken. *“Kom tot mij, zegt de Staat, gij die in nood zijt, gij die onder den last uwer*

---

25 De nieuwe regeling volgens art. 374a (oud) BW luidt als volgt:

Hij die de ouderlijke magt uitoefent kan, hetzij ten aanzien van alle hetzij ten aanzien van een of meer kinderen, op verzoek van den voogdijraad of op vordering van het OM van de ouderlijke magt worden ontheven op grond dat hij ongeschikt of onmagtig is zijn pligt tot verzorging en opvoeding te vervullen, en het belang der kinderen zich niet uit anderen hoofde tegen die ontheffing verzet. Indien de rechter het in het belang der kinderen noodzakelijk oordeelt, kan ieder der ouders, voor zoover hij de ouderlijke magt nog niet verloren heeft, op verzoek van den anderen der ouders, van een der bloedverwanten of aangehuwden der kinderen tot den vierden graad ingesloten, van den voogdijraad of op de vordering van het OM van de ouderlijke magt over alle of over een of meer kinderen worden ontzet op grond van:

1. misbruik van de ouderlijke magt of grove verwaarloozing van de verplichting tot onderhoud en opvoeding van een of meer kinderen;
2. slecht levensgedrag;
3. onherroepelijke veroordeeling wegens het opzettelijk deelnemen aan eenig misdrijf met een aan zijn gezag onderworpen minderjarige;
4. onherroepelijke veroordeeling wegens eenig misdrijf omschreven in de titels XIII, XIV, XVIII, XIX en XX van het tweede boek van het WvSr, gepleegd tegen een aan zijn magt onderworpen minderjarige;
5. onherroepelijke veroordeeling tot eene vrijheidsstraf van twee jaren of langer.

26 De Vries en Van Tricht deel 1 (1903), p. 346.

27 Art. 374d BW van de nieuwe wet; zie De Vries en Van Tricht deel 1 (1903), p. 439 e.v.

28 Art. 374f BW van de nieuwe wet; zie De Vries en Van Tricht deel 1 (1903), p. 464-465.

*kinderen bezwijkt en ik zal u helpen... Hoe liefderijk is het aanbod, hoe liefdeloos is de voorwaarde, waaronder het wordt gedaan!... Zij is ondeugdelijk, omdat aan de ouders niet mag worden toegestaan voor den rechter uit eigen beweging te komen bewijzen, dat zij geen ouders kunnen zijn....*”<sup>29</sup> Cort van der Linden zegt hierover dat *“het geenszins de bedoeling is dat ouders, alleen uit nooddrift of gedreven door den wensch hun kind eene betere opvoeding te doen deelachtig worden dan zij zelven in staat zijn te geven, zich van hunne natuurlijke verplichtingen zullen kunnen ontslaan.”*<sup>30</sup> Ook de commissie van voorbereiding van de Tweede Kamer uit zijn grieven over de mogelijkheid van ouders om zelf tot ontheffing te verzoeken. De minister besluit tot wijziging van het wetsontwerp in die zin dat ouders niet zelfstandig een verzoek tot ontheffing kunnen indienen. Zij kunnen slechts een verzoek tot ontzetting van de andere ouder indienen; in dat geval moet altijd enige mate van verwijtbaarheid kunnen worden aangetoond.

Naast de civiele kindwet worden ook een wet met een nieuwe strafrechtelijke regeling voor minderjarigen en een uitvoeringswet aangenomen. Samen worden deze wetten wel aangeduid als de Kinderwetten 1901; zij worden op 6 februari 1901 aangenomen.<sup>31</sup> Al zijn de verwachtingen ten opzichte van de Kinderwetten hoog gespannen, toch moet nog tot 1905 worden gewacht voordat de nieuwe wetten worden ingevoerd in verband met het beschikbaar maken van gelden. Uiteindelijk treden de Kinderwetten op 1 december 1905 in werking.

## 2.4 Karakter van de ouderlijke macht

De nieuwe wettelijk ingevoerde kinderbeschermingmaatregelen ontheffing en ontzetting leiden tot de mogelijkheid van een ontneming van de ouderlijke macht. Voor een goed begrip van dit rechtsgevolg is het noodzakelijk om in te gaan op het karakter van de ouderlijke macht. Vooral ten tijde van de totstandkoming en inwerkingtreding van de Kinderwetten is door velen over het karakter van de ouderlijke macht nagedacht. Hierbij speelt de invloed van het Romeinse en Germaanse rechtstelsel een rol. In het Romeinse rechtstelsel werd de ouderlijke macht vooral als recht van ouders beschouwd, terwijl in het Germaanse rechtstelsel de plicht van ouders tot bescherming van het kind centraal stond. Ook bij de parlementaire behandeling van de Kinderwetten wordt gesproken over het karakter van de ouderlijke macht als recht of als plicht van ouders. Het benadrukken van het recht van ouders impliceert dat indien de ouderlijke macht wordt ontnomen, er sprake moet zijn van enige vorm van verwijtbaarheid van ouders ter rechtvaardiging van de ontneming van het gezag. Als de ouderlijke macht primair als plicht van ouders ten opzichte van hun kind wordt beschouwd, kan de legitimatie bij de toepassing van de maatregelen gevonden worden in de bescherming van het kind, terwijl het gedrag van ouders en het oordeel over de verwijtbaarheid ondergeschikt is. De discussie over het karakter van de ouderlijke macht is in deze periode vooral nog een discussie tussen twee uitersten: de ouderlijke macht is ofwel een recht, ofwel een plicht van ouders. In de huidige wetgeving wordt de omvang van het ouderlijk gezag geformuleerd als *‘de plicht en het recht van de ouder zijn minderjarig kind te*

29 Van Boneval Faure (1898), p. 410. Zie over het gevaar van misbruik van de regeling door ouders ook Beneditty (1910), p. 79 en Houwing (1898), p. 107.

30 De Vries en Van Tricht deel 1 (1903), p. 347.

31 Stb. 1901, nr. 62, 63, 64.



verzorgen en op te voeden' en zijn beide zienswijzen geïntegreerd (art. 1:247 lid 1 BW).

#### 2.4.1 Romeins en Germaans uitgangspunt bij de ouderlijke macht

In de literatuur rond de voorlaatste eeuwwisseling die handelt over de nieuwe kindernetgeving komt herhaaldelijk het verschil tussen het Romeinse en Germaanse rechtstelsel naar voren. Beide rechtstelsels hebben namelijk een verschillend uitgangspunt betreffende de ouderlijke macht. Het vaderlijk gezag lijkt bij de Romeinen vandaan te komen, die de vader de onvoorwaardelijke macht over hun kinderen gaven. Het gezag van de pater familias was oorspronkelijk niet aan controle onderworpen en de vaderlijke macht was een recht van de vader.<sup>32</sup> Hiertegenover staat het recht der Germaanse stammen, dat niet uitgaat van absoluut gezag, eigendom en soevereiniteit van de eigen wil, maar van bescherming van het kind. Vaderlijke macht werd gezien als plicht van de sterke om de zwakke te beschermen; de vaderlijke macht was onafscheidelijk van het denkbeeld van de maatschappelijke roeping die hij te vervullen had.<sup>33</sup>

Deze oorspronkelijke uitgangspunten zijn in de loop der eeuwen duidelijk veranderd; ook waren deze niet altijd even absoluut. Zo verzwakte bij het toenemen der beschaving het absolute karakter van de patria potestas in het Romeinse recht.<sup>34</sup> In het oud-Germaanse recht heeft niet altijd enkel de idee van bescherming van het kind voorop gestaan; ook het recht van de vader is sterk op de voorgrond geplaatst.<sup>35</sup> Het Christendom heeft echter grote invloed gehad op het Germaanse rechtstelsel en duidelijke veranderingen in het Germaanse familie-recht met zich meegebracht. Ten gevolge van het Christendom is het recht van de vader beperkt en is het kind in bescherming genomen. Nu ontwikkelde zich in de Germaanse maatschappij een rechtsbewustzijn en een behoefte om toezicht uit te oefenen op de enkeling.<sup>36</sup> In het op het Romeinse rechtstelsel gebaseerde recht kwam na een periode van inkadering van het onbeperkte vaderlijk gezag juist een herleving van de familie-organisatie en werd de vaderlijke macht in de Code Civil van 1804 neergelegd.

De verschillende uitgangspunten in beide rechtstelsels hebben een belangrijk verschil in de gehele wetgeving betreffende de ouderlijke macht veroorzaakt. Ook al lijken het Germaanse en Romeinse rechtstelsel niet zo absoluut te verschillen als vroeger wel werd aangenomen, toch is het uitgangspunt voor de ouderlijke macht wezenlijk anders. De vraag kan dan ook gesteld worden welk uitgangspunt Nederland hanteert bij de totstandkoming van de nieuwe Kinderwetten in 1901. Hierover lijken de meningen te verschillen. Volgens Levy, Hugenholtz, Rethaan Macaré en Nolen geldt bij ons, *“in tegenstelling met de romeinse opvatting, volgens welke de kinderen als een eigendom van den vader werden beschouwd, waarmee hij kon doen wat hij wilde, de oud-germaanse overtuiging, dat tot opvoeding der kinderen in de eerste plaats de ouders verplicht zijn.”*<sup>37</sup> Zo ook De Savornin Lohman: *“Ons recht, voor zoover het de regeling der ouderlijke macht*

32 Zie o.a. Hesse (1908), p. 3; Canes (1905), p. 12; Levy (1894), p. 12.

33 Zie Levy/Hugenholtz/Rethaan Macaré/Nolen (1898), p. 167.

34 Zo was de vaderlijke macht in het recht van de keizertijd al lang niet meer absoluut; zie bijv. Van Toorenburg (1918), p. 105 en Hesse (1908) p. 3.

35 Dit heeft bijv. A.F. De Savornin Lohman (1896) aangetoond; p. 109 e.v.

36 Zie Van Toorenburg (1918), p. 102 e.v., die stelt dat zowel het Romeinse recht als het Christendom van invloed is geweest op het Germaanse recht.

37 Levy/Hugenholtz/Rethaan Macaré/Nolen (1898), p. 11.

*betreft, is niet van romeinsch-rechtelijken, maar van germaansch-rechtelijken oorsprong. Terecht beschouwt ons recht de ouderlijke macht als eene instelling, die geëerbiedigd, gehandhaafd en beschermd moet worden. Maar ook verleent het aan het kind in vele opzichten bescherming... Dat die bescherming der overheid zich niet verder uitstrekt, moet men mijns inziens niet wijten aan een bekrompen opvatting, maar men meende dat die bescherming voldoende was.*<sup>38</sup>

Asser is duidelijk een andere mening toegedaan. Bij zijn beoordeling over de Nederlandse volksopvatting van het ouderlijk gezag stelt hij zichzelf de vraag of de Germaanse idee overheerst of dat de Nederlandse wet op het Franse recht is gebouwd: *“Het antwoord is niet moeilijk: de Germaansche opvatting is ons vreemd. Daar is de vader feitelijk niet meer dan voogd en heeft slechts de uitoefening van het gezag namens de Staat, die de oppervader is; de Staat kan daar te allen tijde, zoo het belang van het kind dit noodig doet schijnen, den vader de uitoefening der voogdij ontnemen... dit alles is ons vreemd; wij zouden ons niet kunnen schikken in het permanente staatstoezicht.”*<sup>39</sup> Ook De Beneditty ziet in het Nederlandse rechtsstelsel een variant van de Romeinse gedachte die de familie-idee voorop stelt; volgens hem is de regeling van verzet door de ouders tegen ontheffing zoals deze is opgenomen in de Kinderwetten hier een duidelijk voorbeeld van. Als ouders verzet aantekenen tegen een ontheffing blijven de kinderen onder hun macht staan, ook al staat vast dat deze ouders de capaciteiten missen om hun kinderen groot te brengen. De Beneditty constateert dan ook dat de Kinderwetten, ingevoerd in het belang van het kind, een ouderlijk gezag erkennen in strijd met de belangen van het kind. Dit bevestigt volgens hem het oordeel dat heerst in Nederland, namelijk dat het ouderlijk gezag er niet louter om de kinderen is.<sup>40</sup>

Ondanks de aandacht voor het Romeinse en Germaanse rechtsstelsel in de literatuur van rond de eeuwwisseling die betrekking had op de totstandkoming van de Kinderwetten, waarbij verschillende uitgangspunten gelden met betrekking tot de ouderlijke macht, heeft dit nooit tot enig punt van discussie geleid tijdens de parlementaire behandeling van de Kinderwetten. Er is in de kamerstukken nooit met zoveel woorden aandacht geschonken aan het feit of Nederland nu werd beïnvloed door het Romeinse of het Germaanse stelsel. Het Nederlandse rechtsstelsel lijkt een middenweg te zoeken tussen beide rechtsstelsels: de ouderlijke macht kan op grond van de Kinderwetten wel worden ontnomen, maar blijft in eerste instantie gerespecteerd. Nu is ook niet zozeer van belang op welk rechtsstelsel de Nederlandse Kinderwetten zijn gebaseerd, maar deze vraag lijkt wel van invloed te zijn op het begrip ouderlijke macht, zoals dat in Nederland werd gehanteerd. Het Romeinse rechtsstelsel gaat uit van ouderlijke macht als recht van de ouders, terwijl het Germaanse rechtsstelsel de ouderlijke macht juist als plicht van de ouders ten opzichte van hun kinderen beschouwt. De vraag of de ouderlijke macht als recht of als plicht moet worden beschouwd, is wel degelijk belangrijk geweest bij de totstandkoming van de Kinderwetten en is uitvoerig besproken, zowel in de literatuur als tijdens de parlementaire behandeling van de Kinderwetten.

---

38 A.F. De Savornin Lohman (1896), p. 115.

39 Asser (1897), p. 225. Hij verklaart onze afkeer van het Germaanse stelsel uit de grote waarde die het Nederlandse volk aan persoonlijke vrijheid hecht, een eigenschap die volgens hem het kenmerk is van alle zeevarende volkeren, en die sterk op de voorgrond treedt, waar de overheid zich in de particuliere aangelegenheden der burgers wil mengen.

40 De Beneditty (1910), p. 64.

#### 2.4.2 Het karakter van de ouderlijke macht: recht of plicht?

De Beneditty heeft in zijn dissertatie uit 1910 een tweetal principes uiteengezet die door de eeuwen heen met elkaar in spanning hebben gestaan en die af te leiden zijn uit het Romeinse en Germaanse rechtsstelsel. *“De ééne gedachtengang beschouwt elk individu slechts als een deel van een groter geheel, waaraan het zich niet kan onttrekken, als volkomen gebonden aan een bepaalde groep, de familie, die het blijft beïnvloeden, zoodat het in zekeren zin een voortzetting is van het verleden; de andere gedachtengang ziet in elk individu een geheel onafhankelijk, zelfstandig persoon, die zich in alle opzichten vrij en aan niemand en niets gebonden mag ontwikkelen, een ‘nieuw’ mensch, die zich een ‘nieuwe’ toekomst kan scheppen. Van deze beide antipoden heeft nu eens de een, dan weer de ander de overhand, doch geen van beiden heeft haar mededingster voor goed ten onder gekregen.”*<sup>41</sup> Hij betreft hierop de vraag of de ouderlijke macht als recht of als plicht moet worden gezien. Volgens het eerste principe hebben *“ouders een recht hun kinderen op te voeden... dit is een heilig, onaantastbaar recht dat van Godswege af van nature den ouders toekomt; het huisgezin is de voortreffelijkste instelling die uitgedacht kan worden... het is aldus de hechtste grondslag van staat en maatschappij.”* Volgens het tweede principe, zoals dit in de Germaanse idee van een rechtsstaat naar voren komt, *“moet de individuele aanleg van elk kind zooveel mogelijk tot zijn recht komen, de ouders hebben dus slechts plichten te vervullen; de overheid moet rekenschap vragen van die plichtvervulling....”*<sup>42</sup> Overall komen twee denkbeelden van ouderlijke macht voor, afhankelijk van de tijdgeest en het volkskarakter. Zelf is De Beneditty van mening dat de ouderlijke macht zowel een recht als een plicht is en dat de overheid de taak heeft om toe te zien op het juiste midden van die tweezijdigheid door zowel het gezag van de ouders hoog te houden als de kinderen te beschermen. Bij de totstandkoming van de Kinderwetten lijkt men ofwel voorstander voor de ouderlijke macht als recht, ofwel voor de ouderlijke macht als plicht te zijn en worden beide principes duidelijk gescheiden en los van elkaar gezien.

In Nederland was de ouderlijke macht vóór de totstandkoming van de Kinderwetten zo goed als onaantastbaar; het werd dan ook als recht van de ouders gezien dat slechts in uitzonderlijke gevallen kon worden ontnomen. Hierbij kwam de ouders het alleenrecht tot opvoeding van hun kinderen naar eigen goeddunken toe. Het recht van de ouders op de ouderlijke macht werd wel als natuurrecht of als goddelijk recht beschouwd.<sup>43</sup>

Auteurs uit die tijd die pleiten voor een nieuwe regeling tot ingrijpen in de ouderlijke macht, zien meestal de ouderlijke macht als plicht en willen die in de samenleving ook zo beschouwd zien. Zo stelt bijvoorbeeld Levy dat *“de vaderlijke macht niet een recht is maar een plicht der ouders. Zij wordt geoefend niet om den wille der ouders, maar om den wille van het kind. Zij is niet een eigendom, maar een functie des vaders en van de wijze, waarop hij die functie uitoefent, vraagt de maatschappij hem rekenschap, met volle recht. Een volle ommekeer dus, stel ik u*

---

41 De Beneditty (1910), p. 2 e.v.

42 De Beneditty (1910), p. 24.

43 Zie o.a. Van Boneval Faure (1898), p. 389 e.v. en Levy (1895), die stelt dat de geldende rechtsorde uit die tijd het vaderlijk gezag erkent als een recht der ouders. A.F. De Savornin Lohman (1896) meent dat de ouderlijke macht *“eene instelling van God is, en niet eene menselijke instelling; dat de ouderlijke macht een aan de ouders toekomend recht is”* waarbij de ouders enkel verantwoording schuldig zijn aan God; p. 104.

voor, in den ontwikkelingsgang van het leerstuk der vaderlijke macht.”<sup>44</sup> Zij keren zich tegen de gedachtengang uit die tijd dat aan de ouders het recht tot ouderlijk gezag toekomt, een gedachtengang die ook uit de jurisprudentie van die tijd naar voren komt.<sup>45</sup>

Tijdens de parlementaire behandeling van de Kinderwetten wordt ook gesproken over het karakter van de ouderlijke macht. Vooral wordt er door leden uit de Eerste en Tweede Kamer op gewezen dat de ouderlijke macht niet te veel of te vaak mag worden ingeperkt, omdat het een recht van de ouders is. *“Op den voorgrond moet blijven staan en moet hoog gehouden worden het beginsel, dat de ouderlijke macht een aan de ouders door God gegeven macht is, en dat zij alleen het recht hebben om voor de opvoeding hunner kinderen te zorgen. Dat recht moge de wetgever een verplichting noemen, een recht blijft het, dat hun nooit tegen hun wil mag worden ontnomen, tenzij, wat de ontzetting betreft, bij uiterste noodzakelijkheid en wanneer ouders dit hun door God geschonken recht misbruiken tot zedelijk verderf der kinderen, en zij alzo handelen tegen Gods wil.”*<sup>46</sup> De Savornin Lohman constateert: *“men vergete niet dat wij hier te doen hebben met rechten; met een recht aan de ouders toekomend.”*<sup>47</sup> Van Den Biesen stelt tijdens de beraadslagingen in de Eerste Kamer dat *“de ouderlijke macht geen attriboot is dat de Staat kan geven of afnemen, maar een natuurrecht dat men heeft en dat alleen om zeer zware en gewichtige redenen door den wetgever aan hem of haar die het uitoefent kan ontnomen worden; niet om futiliteiten, zooals in de nieuwe wet wordt voorgesteld.”*<sup>48</sup>

Er komt derhalve wel degelijk, vooral van confessionele zijde, verzet tegen de nieuwe regeling tot ingrijpen in de ouderlijke macht. Dit heeft echter weinig invloed bij de totstandkoming van de Kinderwetten. Minister van Justitie Cort van der Linden spreekt zich zelf niet uit over het karakter van de ouderlijke macht, maar uit zijn wetsvoorstel kan worden afgeleid dat de plicht van ouders tegenover hun kinderen tot een goede opvoeding nu op de voorgrond staat, al wordt niet volledig afstand gedaan van het eeuwenoude recht van ouders op gezag over hun eigen kinderen. In de nieuwe wetgeving wordt de ouderlijke macht veel meer als een complex van plichten jegens het kind beschouwd dan als een recht tegenover het kind.<sup>49</sup> Het aloude recht van ouders op de absolute ouderlijke macht wordt bij de Kinderwetten in belangrijke mate ingedamd ten gunste van het kind, al kan het kind niet zelf aanspraak maken op de plichten van de ouder. De overheid krijgt de bevoegdheid om toe te zien op een juiste uitoefening van de ouderlijke macht, waarbij ouders hun plichten nakomen. Naast deze plichten houden zij hun recht op ouderlijke macht, zodat zij bijvoorbeeld bij verzet niet kunnen worden ontheven uit de ouderlijke macht. Ook kan slechts in het gezin en de ouderlijke macht worden ingegrepen in bijzondere situaties die voldoen aan de rechtsgronden zoals

---

44 Levy (1895), p. 8. Levy constateert in deze tekst ook dat het plichtsbegrip, toegepast op het ouderlijk gezag, zijn intrede in de wijsbegeerte van het recht doet bij de theorie van Kant, die de ouders op hun plicht ten opzichte van hun kinderen wijst. Anderen die een plichtsbegrip ten opzichte van de ouderlijke macht hanteren zijn Van Boneval Faure (1898), Rethaan Macaré (1895), Geuns (1897), Houwing (1898) en Van Bemmelen (1891).

45 Zie De Beneditty (1910), p. 50.

46 Lucasse tijdens de beraadslagingen in de Tweede Kamer; zie De Vries en Van Tricht deel 1 (1903), p. 365 e.v.

47 De Vries en Van Tricht deel 1 (1903), p. 381 e.v.

48 De Vries en van Tricht deel 1 (1903), p. 397 e.v.

49 Zo ook bijv. Juursema (1908).

die in de wet zijn geformuleerd. In Nederland wordt niet volledig losgelaten van het Romeinse rechtstelsel, waarbij de familie als autonoom deel van de samenleving wordt gezien en waar niet te vroeg moet worden ingegrepen in het gezinsleven.

## 2.5 Doelstellingen van overheidsinterventie in het gezin

Bij de totstandkoming van de Kinderwetten, die het wettelijk mogelijk maken om door toepassing van de maatregel van ontheffing of ontzetting de ouderlijke macht te ontnemen, wordt nog veel aandacht geschonken aan de theoretische legitimatie van de overheidsinterventie in het gezinsleven. Een aantal doelstellingen van dit overheidsingrijpen kan worden afgeleid uit de parlementaire geschiedenis en de juridische literatuur. Deze doelstellingen bieden ook een directe rechtvaardiging van de ontneming van het ouderlijk gezag.

De rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezin bij de toepassing van een maatregel van kinderscherming kan theoretisch worden afgeleid uit de wijze waarop de overheid de ouderlijke macht benadert. Wordt de ouderlijke macht als recht van ouders gezien, dan neemt de overheid het kind onder haar bescherming, omdat de ouders op een onwaardige wijze van hun macht gebruik maken of niet in staat zijn het kind hun bescherming te verlenen. Ziet de overheid de ouderlijke macht meer als een plicht van de ouders ten opzichte van hun kinderen, dan neemt de overheid de opvoeding van het kind ter harte, omdat het kind toont verwaarloosd te zijn en nog dieper dreigt te zinken.<sup>50</sup> Beide invalshoeken gaan, ook al hebben zij verschillende uitgangspunten, uit van de doelstelling tot bescherming van het kind ten opzichte van zijn ouders.

Niet altijd wordt echter de bescherming van het kind aangevoerd als enige doelstelling voor overheidsinterventie. Ook worden in de periode rond de totstandkoming van de Kinderwetten naast de algemene doelstelling tot bescherming van de minderjarige meer praktische redenen aangevoerd die het ontnemen van de ouderlijke macht noodzakelijk maken.

Sommigen onder de voorstanders voor een nieuwe kindervetgeving waarmee ingrijpen in de ouderlijke macht mogelijk wordt gemaakt, voeren namelijk als grond aan dat de problematiek van de particuliere instellingen moet worden opgelost. De verenigingen die zich in de negentiende eeuw ontfermen over verlaten kinderen, hebben vaak te kampen met het probleem dat ouders later hun kinderen weer opeisen als ze voor deze ouders nuttig kunnen zijn. De kinderen moeten dan worden teruggegeven en al het goede dat door deze instellingen was aangeleerd, zal meestal weer verloren gaan. De nieuwe regeling tot ontheffing van of ontzetting uit de ouderlijke macht kan de particuliere instellingen steun geven bij het hulp bieden aan kinderen die dat nodig hebben.<sup>51</sup> Cort van der Linden heeft dit als reden aangevoerd om aan te tonen dat een nieuwe regeling noodzakelijk was. Het oplossen van de problematiek van de particuliere instellingen die in de negentiende eeuw hulp bieden aan kinderen is echter niet de voornaamste doelstelling van de nieuwe regeling.

---

50 Zie hierover ook A.F. De Savornin Lohman (1896), p. 39 e.v., die niet zozeer over het Germaanse en Romeinse rechtstelsel spreekt, maar die een onderscheid maakt tussen enerzijds Frankrijk (grond voor overheidsingrijpen is het niet gebruiken of het misbruiken van de ouderlijke macht) en anderzijds Engeland en Duitsland (grond voor overheidsingrijpen is de verwaarlozing van het kind).

51 Zie o.a. Van Toorenburg (1918), p. 79 en Van Geer (1902), p. 31.

Als andere doelstelling wordt genoemd het tegengaan van jeugdcriminaliteit om op deze manier de maatschappij te beschermen. Dit is de tweede reden die Cort van der Linden bij zijn wetsontwerp heeft aangevoerd om de noodzaak voor het in de wet opnemen van maatregelen van kinderbescherming te benadrukken. Het gaat dan om een preventieve werking van de regeling door vroegtijdig een goede opvoeding te bieden aan elk kind, zodat ingrijpen door de strafrechter in een latere fase kan worden voorkomen. Door velen wordt een toenemende misdadigheid van de jeugd geconstateerd. De maatschappij moet tegen deze losbandigheid en criminaliteit worden beschermd. Dit denkpatroon gaat uit van het strafwaardige kind als species van het verwaarloosde kind. Zo voert Levy als rechtvaardiging voor overheidsingrijpen in het gezin aan dat *“het staatsbelang gebiedend eischt, dat maatregelen genomen worden om de verwaarloozing der toekomstige staatsburgers tegen te gaan... en te beletten dat kinderen tot misdadigers opgroeien of, wat nog erger is, opgekweekt worden (...) Zooveele kinderen wij onttrekken aan verderfelijken invloed, zooveel nuttige burgers behouden wij voor den Staat!”*<sup>52</sup> Coenen pleit ook voor een nieuwe regeling om in te grijpen in de ouderlijke macht uitgaande van de doelstelling: *“Beter is, de misdaad te voorkomen dan te bestraffen. Beter is, dit bij de jongeren te beproeven dan bij de ouderen. En 't allerbeste is, geheel niet aan de misdaad te denken en aan voorkoming niet, en aan straf niet, maar eenvoudig elk kind op te nemen dat bescherming behoeft en het te behandelen, zooals het noodig heeft, om te worden tot een onschadelijk en zelfs nuttig lid der maatschappij.”*<sup>53</sup> Het achterliggende doel van de nieuwe Kinderwet wordt dan gezien in het tegengaan van de toenemende jeugdige misdadigheid. Dit is in het belang van de maatschappij en dient ter bescherming van de gehele samenleving. Een andere doelstelling die hieruit voortvloeit en die ook vaak wordt aangevoerd, is dat kinderen goed moeten worden opgevoed om ze tot nuttige leden van de Staat te maken.

Bij deze derde doelstelling staat voorop dat kinderen de toekomst zijn. Daarom is het voor de gehele samenleving van belang dat zij door middel van de juiste opvoeding naar deze toekomst worden geleid, zodat zij als nuttige leden van de Staat kunnen dienen. Er wordt niet zozeer de nadruk gelegd op het tegengaan van de toenemende criminaliteit alswel op het belang van nuttige leden voor de samenleving. Door kinderen voor een morele ondergang te behoeden, *“zullen zij tot nuttige leden der maatschappij kunnen opgroeien.”*<sup>54</sup> Dit standpunt wordt door velen die pleiten voor een nieuwe kindergeschiedenis gedeeld. Een juiste opvoeding is bij de voorbereiding tot nuttige leden der samenleving essentieel. Van Boneval Faure stelt dat *“ook eerst langzamerhand de overtuiging kon doordringen, dat de ouders de kinderen niet in hun eigen belang hadden op te voeden, maar dat de toekomst der kinderen daarbij op den voorgrond moest staan, en dat de ouders de kinderen hadden op te voeden niet slechts ten bate van het huisgezin, maar inzonderheid het tot nuttige leden van Maatschappij en Staat hadden te maken.”*<sup>55</sup> *“Aan het belang, dat de Staat heeft bij de opvoeding der kinderen, opdat zij tot goede burgers zullen opgroeien, ontleent zij het recht tot ontzetting.”*<sup>56</sup> Ook de minister van Justitie noemt deze doelstelling tijdens de behandeling van de nieuwe

52 Zie resp. Levy/Hugenholtz/Rethaan Macaré/Nolen (1898), p. 204, en Levy (1894), p. 18.

53 Coenen (1892), p. 156. Zie ook Engelen (1895), p. 3 e.v. en L.J. Van Wijk (1902), p. 211.

54 Asser (1897), p. 434.

55 Van Boneval Faure (1898), p. 395. Zie over het belang van een goede opvoeding ook Canes (1905), p. 1 e.v.

56 Hesse (1908), p. 64. Zie voor eenzelfde redenering ook Juursema (1908), p. 2 en Rethaan Macaré (1895), p. 38.

Kinderwet: “...ik geloof toch dat wij door maatregelen te nemen om de ouders te ontzetten, gepaard aan maatregelen om voor de opvoeding der kinderen beter te zorgen, veel ellende kunnen voorkomen en vele kinderen kunnen redden en opvoeden tot goede burgers en burgeressen van den Staat.”<sup>57</sup> Behalve het aspect van een goede opvoeding klinkt hier ook door dat kinderen gered ofwel beschermd moeten worden. Dit sluit aan op de overige twee doelstellingen die naar voren worden gebracht bij het recht van de overheid om ouders de ouderlijke macht te ontnemen.

De laatste twee doelstellingen die de overheidsinbreuk op de ouderlijke macht rechtvaardigen gaan uit van bescherming van het kind en zijn hierboven al kort beschreven. Al zijn de uitgangspunten verschillend, beide gronden zien de bescherming van het kind als rechtvaardiging voor overheidsinterventie. Een eerste uitgangspunt is dat van kinderen als ‘personae miserabiles’ die zodoende bescherming verdienen. “*Het is de erkenning van het recht van het kind op behoorlijke verzorging, het recht van den staat om voor de rechten van het jonge volk, personae miserabiles, te waken.*”<sup>58</sup> De overheid heeft niet slechts het recht om voor deze personen op te komen, maar ook de plicht. “*Het publiek ministerie is juist de beschermer van de personae miserabiles... het is het edelste deel der roeping van het publiek ministerie.*”<sup>59</sup> Deze doelstelling past in het Germaanse rechtsstelsel waarbij de ouderlijke macht beschouwd wordt als plicht. De overheid dient te waken over de bescherming van alle zwakken in de maatschappij, waaronder de kinderen. Dit is de grond die ontneming van de ouderlijke macht door de overheid toestaat.

Een ander uitgangspunt bij de bescherming van kinderen is dat, waarbij de ouderlijke macht veeleer als recht van ouders wordt beschouwd, zoals dit het geval was in het Romeinse rechtsstelsel. Ingrijpen door de overheid ter bescherming van het kind vindt dan plaats als de ouder duidelijk misbruik heeft gemaakt van zijn recht of het kind heeft verwaarloosd. “*Slechts het uiterste geval dient te worden toegepast. Want afgescheiden nog van de gewichtige maatschappelijke belangen, die hier op het spel staan: ook voor het kind moet een ouderlijk huis al zeer ondragelijk zijn geworden, zal de Staat hem er iets beters voor kunnen teruggeven.*”<sup>60</sup>

Minister Cort van der Linden lijkt in zijn wetsvoorstel van deze laatste opvatting uit te gaan waar hij stelt dat de overheid “*het recht tot ontzetting ontleent aan de zedelijke onbevoegdheid der ouders.*”<sup>61</sup> Vanuit confessionele zijde ondervindt hij weerstand tegen deze opvatting. Tijdens de beraadslagingen in de Tweede Kamer stelt De Visser: “*Het spreekt vanzelf, dat de vraag naar den rechtsgrond voor het ingrijpen in de ouderlijke macht... een zeer gewichtige is. Verschillende rechtsgronden die daarvoor worden aangewezen accepteer ik niet. De Minister stelt: ‘Het recht tot ontzetting ontleent de overheid aan de zedelijke onbevoegdheid der ouders.’ Dat nu betwist ik. Ten eerste, omdat daaraan de stelling ten grondslag ligt, dat aan de overheid het recht toekomt, een oordeel te vellen over datgene waartoe de ouders zedelijk al of niet bevoegd zijn. En ten tweede, omdat de overheid nimmer eenig recht kan of mag ontleenen aan haar louter subjectief*

---

57 De Vries en Van Tricht deel 1 (1903), p. 376 e.v.

58 Van Toorenburg (1918), p. 79.

59 Van Bemmelen (1891), p. 1.

60 Houwing (1898), p. 82.

61 De Vries en Van Tricht deel 1 (1903), p. 37.

*oordeel over de wijze, waarop ouders hun roeping als zoodanig vervullen... Neen, de rechtsgrond voor het ingrijpen der overheid in de ouderlijke macht ligt, naar het mij voorkomt, elders, en wèl in haar roeping, om alle burgers van den Staat tegen onrecht te beschermen. Daarop hebben allen gelijkelijk aanspraak, zoowel de kleinen als de grooten.”*<sup>62</sup> Hier klinkt de opvatting door dat de overheid de taak heeft alle ‘personae miserabiles’ in de samenleving te beschermen en op deze grond mag interveniëren in de ouderlijke macht en het gezinsleven. Cort van der Linden constateert echter in zijn antwoord op dit commentaar dat beide uitgangspunten tot dezelfde conclusie komen, namelijk de bescherming van kinderen. *“Wanneer de afgevaardigde (De Visser, MB)... zegt, dat het recht van ontzetting niet ontleend moet worden aan de onwaardigheid der ouders, maar slechts aan de roeping van den Staat, om alle burgers tegen onrecht te beschermen, dan zou ik toch willen vragen, of de geachte spreker niet met andere woorden hetzelfde zegt als de Regeering, alleen omdat hij dezelfde zaak van een anderen kant bekijkt. De Regeering let hoofdzakelijk op de onwaardigheid der ouders, de geachte afgevaardigde meer op het onrecht dat den kinderen aangedaan wordt; het ééne is eenvoudig het complement van het andere.”*<sup>63</sup>

Al lijkt de minister van Justitie een aantal doelstellingen te hebben aangegeven die het overheidsingrijpen in de ouderlijke macht op grond van zijn wetsvoorstel rechtvaardigen, hij doet dit voornamelijk naar aanleiding van specifieke vragen die hierover door de beide Kamers worden gesteld. Zelf laat hij zich niet principieel uit over de doelstellingen ter rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezin. Hij geeft dit ook toe als hij zegt: *“Ik zal mij wel wachten als verdediger op te treden van alle mogelijke rechtsgronden welke voor dit instituut (ontzetting uit de ouderlijke macht, MB) zijn aangevoerd.”*<sup>64</sup> Zowel in de juridische literatuur in de periode rond de totstandkoming van de civiele Kinderwet als in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel van Cort van der Linden zijn verschillende doelstellingen naar voren gebracht voor overheidsinterventie, maar deze worden niet expliciet en principieel besproken.<sup>65</sup> Dit lijkt dan ook niet van essentieel belang te zijn: *“welke rechtsgronden men ook aanvaardt en hoeveel verschil van meening hierover ook bestaat, het recht tot ontzetting wordt algemeen erkend....”*<sup>66</sup> Over de fundamentele vraag naar doelstellingen ter rechtvaardiging van overheidsingrijpen in het gezinsleven door ontneming van de ouderlijke macht lijken de meningen verdeeld; niemand lijkt duidelijk stelling te willen nemen.

62 De Vries en Van Tricht deel 1 (1903), p. 361-365. Lucasse ziet als rechtsgrond voor de ontzetting de taak van de overheid ter handhaving van het recht wanneer ouders het door God geschonken recht tot opvoeding van hun kinderen misbruiken tot zedelijk verderf van hun kinderen; zie De Vries en Van Tricht deel 1 (1903), p. 365-368.

63 De Vries en Van Tricht deel 1 (1903), p. 376-380. Dit standpunt toont duidelijk de verschillende principes aan zoals De Beneditty deze in zijn dissertatie behandelt, namelijk de familie-idee tegenover het individualisme zoals hierboven besproken.

64 De Vries en Van Tricht deel 1 (1903), p. 376-380; zie ook Brands-Bottema (1988).

65 Een uitzondering hierop vormt de dissertatie van De Beneditty, die echter pas in 1910 (dus na de totstandkoming van de Kinderwetten) is geschreven. Hij evalueert de gronden die zijn aangevoerd om in het ouderlijk gezag in te grijpen en komt de conclusie dat zowel de doelstelling van controle van de overheid op de plicht van ouders als de bescherming van de zwakken te eenzijdig zijn. Het motief van overheidsingrijpen zou moeten zijn het welzijn der mensheid. Op deze grond zou de staat naar beide zijden hebben te zien, zowel het gezag der ouders hooghouden als de kinderen beschermen; De Beneditty (1910), p. 44.

66 Hesse (1908), p. 64; zo ook Houwing (1898), p. 82.



## 2.6 Rechtsgronden voor ontneming van de ouderlijke macht

De rechtsgronden zoals deze in de civiele Kinderwet zijn opgenomen geven aan wanneer een ouder kan worden ontheven van of ontzet uit de ouderlijke macht. De rechtsgronden voor een ontheffing of ontzetting bieden ook een directe rechtvaardiging van de wetgever en geven verder de grenzen van de overheidsinterventie in het gezin aan: alleen als sprake is van een in de wet aangegeven rechtsgrond, is ontzetting of ontheffing met als rechtsgevolg een ontneming van de ouderlijke macht gerechtvaardigd. Daarom is het van belang te weten hoe de rechtsgronden in de wet zijn opgenomen en welke mate van beoordelingsvrijheid hierbij door de rechter kan worden toegepast.

In de periode vlak voor de totstandkoming van de civiele Kinderwet houdt men zich in de juridische literatuur al met deze vraag bezig. Vooral de schrijvers die zich bij het pleiten voor een nieuwe regeling ter beperking van de ouderlijke macht baseren op de Franse wet van 1889, staan concrete, afgebakende rechtsgronden voor. *“Laat het ook ten onzent mogelijk zijn, dat ontzet worden, gelijk de fransche wet het uitdrukt: ‘vader en moeder, die, door gestadige dronkenschap, bekend schandelijk levensgedrag, of mishandeling, hetzij de gezondheid, hetzij de veiligheid, hetzij de zedelijkheid hunner kinderen in gevaar brengen’.”*<sup>67</sup> De gevallen die tot ontheffing of ontzetting kunnen leiden, dienen concreet en nauwkeurig omschreven te worden. Men moet alle waarborgen hebben, dat de ouderlijke macht niet ongerechtvaardigd en ongemotiveerd wordt aangetast en daarom moet de rechter een zo beperkt mogelijke beoordelingsvrijheid hebben.<sup>68</sup> Asser geeft als reden dat *“wij gewend zijn aan wetsbepalingen met nauwkeurig afgebakende grenzen, welke één geheel vormen en naar een vast systeem elk voorkomend geval regelen, zoo weinig mogelijk overlatend aan het goeddunken van den rechter.”*<sup>69</sup>

Er gaan echter ook andere stemmen op die juist een algemene rechtsgrond voor ontheffing en ontzetting voorstaan. Zo stelt Van Geuns dat, *“wil de wetgever het groote kwaad, de verwaarloozing der jeugd, werkelijk aantasten, dan binde hij den rechter niet aan streng gedetailleerde voorschriften, welke in de practijk toch zullen blijken te eng te zijn en gevallen van waarachtige verwaarloozing buiten te sluiten, maar geve hem eene ruimere formule bij onderzoek en beslissing mede.”*<sup>70</sup> Een algemene, ruime rechtsgrond geeft de rechter meer vrijheid om in elk concreet geval een juiste beoordeling te kunnen maken in plaats van elke situatie in een limitatief opgestelde rechtsvorm te moeten passen.<sup>71</sup>

Ook tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel van Cort van der Linden wordt uitvoerig gesproken over de rechtsgronden voor ontheffing en ontzetting en de mate van vrijheid die de rechter bij zijn beoordeling heeft. De minister van Justitie neemt in dit kader een duidelijk standpunt in; in de Memorie van Toelichting staat dat *“ondergeteekende den rechter geheel vrij wenscht te laten in de beslissing, in hoever de hem gebleken feiten en*

---

67 Levy (1894), p. 18.

68 Zie Rethaan Macaré (1985), p. 60, A.F. De Savornin Lohman (1986), p. 137, Asser (1897), p. 225 en Coenen (1892), p. 42.

69 Asser (1897), p. 225.

70 Van Geuns (1897), p. 30.

71 Zie Vereeniging Armenzorg Arnhem 1894, Engelen (1895) p. 14 en Houwing (1898), p. 84 e.v., die stelt dat de nieuwe instelling in het Franse recht ontwikkeld is uit het bestaande recht en dat daarom het stelsel meer aan een historische toevalligheid, dan aan innerlijke gronden zijn ontstaan heeft te danken.

*omstandigheden ontzetting uit het ouderlijk gezag in het belang van het kind noodzakelijk maken.*”<sup>72</sup> Deze opvatting vindt veel tegenspraak in de Eerste en Tweede Kamer. Zo vindt De Visser dat de minister de deur te wijd heeft opengezet voor de ontzetting en dat de begrippen ‘misbruik van de ouderlijke macht’ en ‘slecht levensgedrag’ te vaag en te rekbaar zijn. De Savornin Lohman vraagt zich af “*of wij in deze tijden... aan de rechterlijke macht een zóó weinig omschreven bevoegdheid mogen geven als hier nu wordt voorgesteld.*”<sup>73</sup> Hij geeft scherpe kritiek op de ruime bevoegdheid van de rechter: “*Zet dan eenvoudig in de wet wat gij bedoelt: de ontzetting wordt overgelaten aan het oordeel van den onafhankelijken rechter. Wanneer men bij slot van rekening alles aan den rechter overlaat, zet het dan in de wet. Maar dat is juist in tegenspraak met het doel van wetten in het algemeen. Een wet dient juist om de grenzen aan te wijzen en niet om te vertrouwen op personen en colleges. Het gaat niet aan te zeggen: ik kan geen schifting maken, en dus moet de rechter het maar doen. Het zijn niet allen wijzen die in de rechtbanken zitten.*”<sup>74</sup> Cort van der Linden houdt echter vast aan zijn standpunt: “*Ik blijf er bij dat wanneer men meent dat deze verschillende feiten te vaag zijn, men geen rekening houdt met het oordeel van den rechter. Alle uitdrukkingen zijn min of meer vaag; hoe men die ook stelt, de rechter moet uit de praktijk de noodige uitlegging geven... wetsbepalingen krijgen eerst leven door de praktijk. Maar bovendien, in de wet zijn bepaalde gevallen omschreven waaraan de rechter gehouden is. Het gaat dus niet aan te zeggen dat de wetgever evengoed kon bepalen dat de rechter zal ontzetten wanneer de ontzetting is in het belang der kinderen. De rechter moet altijd vragen, in concreto: is er slecht levensgedrag, is er verwaarloozing? Wat slecht levensgedrag of verwaarloozing is zal hij moeten bepalen en de begrippen moeten begrenzen.*”<sup>75</sup> Bovendien ziet hij in de clausule dat de maatregel noodzakelijk is in het belang van het kind een belangrijke begrenzing aan de ruime bevoegdheid van de rechter. Zodoende zijn in de definitieve wettekst als belangrijkste rechtsgronden opgenomen ‘*ongeschikt of onmachtig om zijn plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen*’ voor de maatregel van ontheffing (die niet kan worden uitgesproken bij verzet van de ouder) en ‘*misbruik van de ouderlijke macht of grove verwaarlozing van de verplichting tot onderhoud en opvoeding*’, ‘*slecht levensgedrag*’ of bepaalde wettelijk opgesomde onherroepelijke veroordelingen voor ontzetting uit de ouderlijke macht. Behalve deze rechtsgronden moet de ontheffing of ontzetting in het belang zijn van het kind. De minister lijkt huiverig om te vroeg uitdrukkelijk te bepalen in welke gevallen de ouders uit de ouderlijke macht kunnen worden ontheven of ontzet. Liever laat hij dit aan de rechterlijke macht over, die de inhoud van de rechtsgronden precies zal moeten gaan bepalen en begrenzen.

72 De Vries en Van Tricht deel 1 (1903), p. 348.

73 De Vries en Van Tricht deel 1 (1903), p. 361-365 resp. 368-373; zo ook Kuyper, p. 373-375, die een scherpere aanduiding en grens van de rechtsgrond ‘*ongeschiktheid en onmacht*’ voor de ontheffing wenst.

74 De Vries en Van Tricht deel 1 (1903), p. 381-384.

75 De Vries en Van Tricht deel 1 (1903), p. 387-388.

## 2.7 Toepassing van de civiele Kinderwetten

### 2.7.1 Inleiding

De eerste jaren na de inwerkingtreding van de Kinderwetten worden gekenmerkt door onzekerheid en verscheidenheid met betrekking tot de toepassing van de maatregelen tot ontheffing van en ontzetting uit de ouderlijke macht. De nieuwe kinderbeschermingsmaatregelen vinden langzaam hun plaats in de rechtspraktijk. Uit de jurisprudentie van de eerste jaren blijkt de toepassing door verschillende rechters en Voogdijraden te variëren en is nog geen sprake van een duidelijke, uniforme toepassing van de maatregelen die de ouderlijke macht ontnemen.

Tijdens de herziening van de civiele Kinderwetten in 1909 wordt gewezen op de verschillen in de toepassing door de rechters: *“Een groot bezwaar is er gelegen in de omstandigheid, dat de jurisprudentie in deze zoo ongelijk is en de wet in verschillenden zin wordt toegepast. Dit is wel een gevolg van de nieuwigheid der materie, ten gevolge waarvan zich nog geen vaste traditiën bij de rechterlijke macht gevormd hebben, maar het is toch niet bevorderlijk aan eene goede werking der wet... de ongelijke jurisprudentie, waarin wetgever of Regeering evenwel slechts zelden verandering kan brengen, levert zeker enkele moeilijkheden op; ...eene meer praktische werking der wetten bij de rechterlijke macht... kan in dit opzicht verbetering brengen.”*<sup>76</sup> De eerste jaren is nog geen sprake van uniformiteit bij het door de rechters uitspreken van een maatregel tot ontzetting of ontheffing.

Niet alleen de rechterlijke macht speelt een belangrijke rol bij het inkaderen van de rechtsgronden, ook de Voogdijraden zien zich voor de taak gesteld om de nieuwe kinderbeschermingsmaatregelen op de juiste manier toe te passen.<sup>77</sup> Tijdens een bijeenkomst van voogdijsecretarissen wordt er op gewezen dat de omvang van het werk van de verschillende voogdijraden zeer uiteenloopt. *“Dat in de groote steden op het gebied van kinderbescherming ontzaglijk veel meer valt te doen dan in kleinere plaatsen of ten platte lande zal wel niemand hebben betwijfeld; doch dat echter door een Voogdijraad tot nu toe slechts twee, door andere reeds meer dan honderd ontzettings- en ontheffingsprocedures zijn gevoerd -zóó groot verschil had wel niemand verwacht. Het groot verschil naar het getal behandelde zaken gaat gepaard met verschillen in inzicht omtrent den aard van onzen taak. Een nauwkeurige omschrijving van des voogdijraads taak is in wet of maatregelen niet gegeven; de voogdijraden hadden het grotendeels zelf in handen hoe ruim of hoe eng zij hun werk willen opvatten... hoe voortreflijk het klinke: ‘men theorizeere niet, men houde zich aan het werkelijk leven, beschouwe ieder geval afzonderlijk’- eenige theorie valt toch niet te versmaden; al te ongelijke behandeling kan zij voorkomen.”*<sup>78</sup>

Zowel de rechterlijke macht als de Voogdijraden zien zich voor de taak gesteld om de maatregelen van ontheffing van en ontzetting uit de ouderlijke macht op de juiste wijze toe te passen. Vooral de eerste jaren na de inwerkingtreding van deze

---

<sup>76</sup> Zie De Vries en Van Tricht deel 3 (1910), p. 57 e.v.

<sup>77</sup> Zie hierover Schadee in het Verslag van de Openbare Vergadering op zaterdag 11 juni 1910; hij wijst op tweeërlei jurisprudentie m.b.t. de Kinderwetten, namelijk die van de rechter en die van de Voogdijraden. Deze laatste jurisprudentie is van principiële betekenis; niet enkel wordt telkens een bepaald geval feitelijk beoordeeld, maar ook wordt telkens een bepaald geval getoetst aan de wet en aldus voortdurend uitleg gegeven aan die wet. Door de Voogdijraad wordt als het ware gedaan in eerste instantie, wat straks door de rechter in tweede instantie zal geschieden.

<sup>78</sup> Bijeenkomst van Voogdijraadsecretarissen van 16 november 1907, in: TKw deel 2, p. 119.

nieuwe maatregelen lijken zij nog niet altijd op elkaar te zijn afgestemd en worden de ontheffingen en ontzettingen op verschillende wijze en in variërende mate toegepast.

Opmerkelijk is het feit dat het aantal door de rechter uitgesproken ontheffingen beduidend lager is dan het aantal uitgesproken ontzettingen. De eerste vijf jaar na de inwerkingtreding van de Kinderwetten bedraagt het aantal opgelegde ontheffingen nog geen twintig procent van het totaal aantal uitgesproken maatregelen.<sup>79</sup> Als men uitgaat van de gedachte, dat in de ouderlijke macht en het gezinsleven pas ingegrepen mag worden in uiterste gevallen en dan nog zo min mogelijk, is het vreemd dat zoveel meer ontzettingen worden opgelegd. Een verklaring hiervan zou kunnen zijn dat dit voortkomt uit de vrees voor misbruik van ouders die een maatregel tot ontheffing in de hand werken, zodat zij van hun kinderen bevrijd worden.<sup>80</sup> Tijdens en na de totstandkoming van de Kinderwetten lijken sommigen bevreesd voor ondermijning van het verantwoordelijkheids-gevoel van ouders. De maatregel tot ontheffing zou namelijk in de hand kunnen werken dat ouders zelf ontheven willen worden, zodat anderen voor hun kinderen zorgen. Ouders zouden hun kinderen opzettelijk kunnen verwaarlozen; na een verzoek tot ontheffing zouden zij hun toestemming voor de ontheffing kunnen verlenen en op deze manier de verantwoordelijkheid over hun kind(eren) afstaan.

Dit misbruik van de maatregel ter bescherming van het kind gaat echter niet alleen op voor de ontheffing. Ook zouden ouders hun kinderen kunnen verwaarlozen of een slecht levensgedrag kunnen gaan leiden om zo een verzoek tot ontzetting uit te lokken. Het lijkt dan ook niet afdoende te stellen dat ouders die hun kinderen niet willen verzorgen, door het uitlokken van een maatregel tot ontheffing van de ouderlijke macht misbruik maken van het eigenlijke doel van deze maatregel. Toch is men de eerste jaren huiverig om bij de rechter al te gemakkelijk om ontheffing te verzoeken vanwege de vrees dat ouders maar al te snel hiervoor hun toestemming zouden verlenen en de rechtsgrond minder zwaar is dan de rechtsgrond die geldt voor een ontzetting. De maatregel tot ontzetting uit de ouderlijke macht kan, indien voldaan is aan één van de rechtsgronden, worden opgelegd zonder toestemming van de ouders. Daardoor kunnen zij geen misbruik maken van het toestemmingsvereiste zoals dat geldt bij ontheffing, waarbij er stilzwijgend wel van uit wordt gegaan dat ouders niet al te gemakkelijk zullen instemmen met een ontheffing.

Mevrouw Vlieland Hein-Couperus heeft in een brochure op deze keerzijde van het misbruik door ouders van de kinderbeschermingsmaatregelen de aandacht gevestigd. Deze brochure heeft veel reacties teweeggebracht. Zij heeft het over gevallen *“waar men met een ondergestoken kaart te doen krijgt, uitgespeeld door ouders, die het erop toeleggen zich van de zorg voor hun kind te zien ontlast.”*<sup>81</sup> Naar aanleiding van deze brochure roept de minister van Justitie in 1906 de Voogdijraden op om te reageren op het vermoeden dat ouders opzettelijk een slecht levensgedrag zouden gaan leiden, om op deze manier uit de ouderlijke macht te worden ontzet.<sup>82</sup> Door de grote meerderheid

---

79 Zie de grafieken betreffende de toepassing der Kinderwetten, in: Vijftig jaar Kinderwetten (1955). Volgens Donker (1955) bedroeg het aantal ontheffingen in de eerste jaren slechts dertien procent van het totaal. Tot 1950 zal het zo blijven dat meer ontzettingen dan ontheffingen worden uitgesproken.

80 Dit is bijv. de opvatting van Donker (1955).

81 Zie Schadee in de TKw deel 3, p. 63-76.

82 Deze oproep is geplaatst in TAK 29-09-1906, p. 244.

van de Voogdijraden wordt op grond van hun ervaring dit misbruik door ouders ontkend. Integendeel, verreweg de meeste aanhangig gemaakte procedures tot ontzetting leiden tot ernstig verzet bij de betrokken ouders, die niet van hun kinderen gescheiden willen worden. De vrees voor opzettelijke verwaarlozing door ouders, zoals dit was aangekaart door mevrouw Vlieland Hein-Couperus, wordt sterk overdreven en te eenzijdig voorgesteld. Bovendien blijkt uit het onderzoek onder de Voogdijraden dat zij slechts zelden of nooit met dergelijke praktijken zijn geconfronteerd.<sup>83</sup>

## 2.7.2 Toepassing van de nieuwe kindbeschermingsmaatregelen

### 2.7.2.1 Inleiding

De rechters die oordelen over het opleggen van de kindbeschermingsmaatregelen ontheffing en ontzetting hebben een grote beoordelingsvrijheid. Omdat de rechtsgronden algemeen en ruim zijn opgesteld<sup>84</sup> hebben zij namelijk veel vrijheid bij de concrete toepassing van deze gronden. De eerste jaren na de inwerkingtreding staan de rechtbanken nog betrekkelijk vreemd tegenover deze nieuwe materie, waarin zoveel aan hun vrije oordeel wordt overgelaten.<sup>85</sup>

In het algemeen kan worden gesteld dat bij de beoordeling of de ouderlijke macht moet worden ontnomen in de eerste periode nog maar nauwelijks naar het gezin en de opvoedingsproblemen van het kind wordt gekeken. Slechts de stoffelijke verwaarlozing van het kind staat centraal; als dit kan worden aangetoond, bestaat er een grond tot ingrijpen in het gezin. Er vindt nog maar nauwelijks onderzoek naar kind en gezin plaats. De rechter oordeelt dan ook voornamelijk over de misdragingen of tekortkomingen van de ouders of voogden. Het kind blijft in deze periode bijna geheel op de achtergrond, terwijl volgens het wettelijk criterium de maatregel in het belang van het kind moet worden opgelegd. Ook de verhouding tussen de ouders en het kind wordt praktisch genegeerd; beslist de rechter dat het kind uit zijn omgeving weg moet, dan lijkt een totale scheiding tussen de ouders en het kind de beste oplossing. Na de ontheffing of ontzetting tellen ouders eigenlijk niet meer mee en contact

---

83 Zie voor het kort verslag van de bijeenkomst van secretarissen van de verschillende voogdijraden VvhR van 22 februari 1909, nr. 8800; zie over het ontkennen van veelvuldig voorkomend misbruik van ouders o.a. De Vries en Van Tricht deel 3 (1910), p. 35 e.v., en Schadee in de TKw deel 3, p. 63 en p. 99; het verzet van ouders bij een aanhangig gemaakte procedure tot ontzetting ziet Schadee deels gebaseerd op een niet dulden hunnerzijds van inmenging van derden in hun particuliere aangelegenheden, bij een ander veel groter gedeelte voortspruiten uit een zich schamen voor de gevolgen van de ontzetting, maar bij de meeste ouders vindt volgens hem het verzet een begrijpelijke en gerechtvaardigde oorzaak in hun gehechtheid aan en hun gevoel voor hun kinderen. Bovendien kunnen ouders die van hun plichten ten opzichte van hun kinderen af willen, net als voor de inwerkingtreding van de Kinderwetten, in plaats van een ontheffing of ontzetting uit te lokken, hun kinderen ergens achterlaten en verdwijnen zonder iets te laten horen.

84 Zie par. 1.6.

85 Zie Overwater (1949a); zie hierover ook Hesse (1908), p. 88 e.v., die uit het totaal ontbreken van klachten over de omvang en de gronden van ontzetting opmaakt, dat de regeling in de praktijk weinig moeilijkheden oplevert.

tussen ouders en kinderen wordt zoveel mogelijk verhinderd.<sup>86</sup> Uit jurisprudentie blijkt dat de verschillende rechtsgronden voor ontheffing en ontzetting op verscheidene wijze door de rechters worden geïnterpreteerd en toegepast, hoewel bepaalde feiten die leiden tot grove verwaarlozing of slecht levensgedrag in de jurisprudentie steeds terugkomen.

#### 2.7.2.2 *Feitelijke toepassing van rechtsgronden in de jurisprudentie*<sup>87</sup>

##### 2.7.2.2a *Ontheffing van de ouderlijke macht*

Als meer specifiek naar de verschillende rechtsgronden gekeken wordt, dan kunnen hier toch bepaalde algemene toepassingsregels uit worden afgeleid. Allereerst kan een ieder die de ouderlijke macht uitoefent, worden ontheven op grond dat hij ongeschikt of onmachtig is zijn plicht tot verzorging of opvoeding te vervullen. *“Ongeschiktheid om den plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen is dan aanwezig, wanneer de persoonlijke eigenschappen van den ouder hem het nakomen dier plichten onmogelijk maken... Onmacht om den plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen, zal veeleer op uitwendige omstandigheden berusten, bijvoorbeeld voortdurende afwezigheid van den ouder uit het gezin...”*<sup>88</sup>

Uit de jurisprudentie blijkt dat absolute onmacht geen vereiste is; de ongeschiktheid kan zich ook ten opzichte van een bepaald kind uiten. *“Absolute onmacht om zijn plicht uit te oefenen is geen vereischte, de onmacht kan ook haar oorzaak vinden in de bijzondere eischen welke de eigenschappen van een bepaald kind aan dien ouder stellen.”*<sup>89</sup> Deze zienswijze zal in de jaren negentig in de jurisprudentie worden gebruikt voor het toewijzen van een ontheffing van draagmoeders, waardoor gezagsoverheveling naar de wensouders mogelijk wordt.<sup>90</sup> Niet slechts absolute ongeschiktheid wordt als rechtsgrond voor ontheffing aangenomen, ook relatieve ongeschiktheid kan tot ontheffing leiden. Uit de bepaling van het artikel volgt, dat degene die de ouderlijke macht uitoefent niet alleen ten aanzien van alle, maar ook ten aanzien van één of meer kinderen daarvan kan worden ontheven. Ook de aard en het karakter van het kind kunnen een reden zijn om de ouder te ontheffen; zowel de eigenschap van een ouder of de eigenschap van een kind kunnen grond tot ontheffing zijn.

Zoals al eerder besproken, betreft het aantal ontheffingen slechts een klein percentage van het totaal aantal opgelegde maatregelen. Er is dan ook niet veel jurisprudentie betreffende ontheffingen te vinden. Een vraag met betrekking tot de ontheffing die tot een uitspraak heeft geleid, is of een krankzinnige moeder die niet de capaciteiten bezit om zich tegen de ontheffing te verzetten, toch ontheven

---

86 Zie Overwater (1949a), (1955a), (1955b); zelfs de briefwisseling tussen de kinderen en hun ouders en verwanten wordt bezwaarlijk geacht, vooral wanneer het kind in een pleeggezin opgroeit. Als instellingen klagen over de overlast van deze correspondentie, geeft de minister van Justitie op 6 september 1911 per circulaire (nr. 500) onder meer het advies, dat ieder pleeggezin zich zou moeten voorzien van een afsluitbare brievenbus, waarvan de pleegouders de sleutel onder zich zouden houden.

87 Het zal hier gaan om ontheffing van en ontzetting uit de ouderlijke macht en herstel in de ouderlijke macht. De voorlopige kindbeschermingsmaatregel van schorsing uit de ouderlijke macht lijkt weinig reden tot problemen te geven, gezien het feit dat hierover geen rechterlijke uitspraken zijn gepubliceerd.

88 Zie Van Hamel in zijn *Handleiding bij de practijk der Kinderwetten* (1924), p. 48.

89 Gerechtshof Amsterdam 30 januari 1916; zie TKw deel 8, p. 46 e.v. Vgl. HR 29 juni 1984, NJ 1984, 767.

90 Zie hfst. 7, par. 4.2.

kan worden van de ouderlijke macht. De rechter heeft uitgemaakt dat, nu zij niet in staat is haar wil te bepalen, zij niet kan worden ontheven, omdat de wet alleen ontheffing toelaat als de ouder zich niet verzet.<sup>91</sup> Het belang van het kind lijkt bij deze overweging geen enkele rol te spelen.

Een ander punt van discussie betreft de vraag of financieel onvermogen ook een grond tot ontheffing kan opleveren. Hierbij is de verhouding tussen de Kinderwetten en de Armenzorg van belang. Sommige ouders zijn onmachtig om hun kinderen te verzorgen en op te voeden om louter financiële redenen; moeten zij dan worden ontheven van de ouderlijke macht? Van Hamel is van mening dat financiële onmacht niet tot ontheffing kan leiden zolang de ouder zonder meer in armoedige omstandigheden verkeert en door onderstand geholpen kan worden. Schadee daarentegen ziet geen problemen in een ruime toepassing van de Kinderwetten waar eigenlijk Armenzorg behoorde in te grijpen. *“Wij hebben nu eenmaal niet te maken met hetgeen armenzorg behoorde te doen, doch enkel met hetgeen deze feitelijk doet. En wanneer dan vaststaat, dat ondanks pogingen om door kerkelijke, particuliere of stedelijke armenzorg in het werk te brengen, toch in den nood van het gezin niet is kunnen te voorzien; al is men dan ook overtuigd, dat de schuld enkel ligt bij de gebrekkige organisatie der genoemde armeninstellingen, dan zie ik niet in, hoe men, met de wet in de hand, kan ontkomen aan de noodzakelijkheid, in het belang der kinderen een ontzettings- of ontheffingsprocedure in te stellen.”*<sup>92</sup> De rechter maakt uit dat financieel onvermogen op zichzelf niet zonder meer een grond is voor ontheffing van de ouderlijke macht. Alleen als de armoede zodanig samengaat met andere omstandigheden, dat daaruit de ongeschiktheid of onmacht tot verzorging en opvoeding der kinderen blijkt, kan dit een grond tot ontheffing opleveren.<sup>93</sup>

#### 2.7.2.2b Ontzetting wegens misbruik van macht of grove verwaarlozing

De ouder kan uit de ouderlijke macht over één of meer kinderen worden ontzet op grond van misbruik van de ouderlijke macht of grove verwaarlozing van de verplichting tot onderhoud en opvoeding, slecht levensgedrag of bepaalde in de wet genoemde onherroepelijke veroordelingen. In de gepubliceerde jurisprudentie wordt aan de laatste rechtsgrond in het geheel geen aandacht besteed. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat dit geen nieuwe rechtsgrond is; al vóór de inwerkingtreding van de Kinderwetten kon een ouder of voogd uit de ouderlijke macht worden ontzet als bijkomende straf<sup>94</sup> ingeval van een veroordeling wegens het opzettelijk deelnemen aan enig misdrijf met een aan zijn gezag onderworpen minderjarige of wegens bepaalde delicten gericht tegen de aan zijn gezag onderworpen minderjarige, zoals misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid, tegen de zeden, mishandeling of misdrijven tegen het leven gericht. Deze gronden zijn terug te vinden in de ontzettingsregeling die is opgenomen in het BW.

De eerstgenoemde rechtsgrond wordt vaak als één geheel toegepast; als ouders misbruik maken van hun macht of het kind op grove wijze verwaarlozen, worden zij ontzet. Misbruik van macht is aanwezig, als aan de ouders een bepaald handelen verweten kan worden; het gaat dan om bepaalde daden. Grove verwaar-

91 Zie Rb. Breda 17 januari 1913 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 februari 1913; TKw deel 6, p. 19 e.v.

92 Schadee tijdens de openbare vergadering van de Nederlandse Bond tot Kinderbescherming op zaterdag 11 juni 1910.

93 Rb. 's-Gravenhage 22 november 1911; zie TKw deel 5, p. 65 e.v.

94 Zie par. 2.2.

lozing betreft daarentegen een nalatigheid, een niet-ingrijpen van ouders.<sup>95</sup> Grove verwaarlozing van de verplichting tot onderhoud betreft het tekortdoen aan de stoffelijke zorg voor het kind. Grove verwaarlozing van de verplichting tot opvoeding bestaat in verwaarlozing van de geestelijke ontwikkeling. De Hoge Raad heeft beslist dat een ontzetting kan worden uitgesproken wegens slechts grove verwaarlozing van de verplichting tot opvoeding. Een kind is reeds verwaarloosd, indien òf de opvoeding òf het onderhoud is veronachtzaamd.<sup>96</sup> Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid, dat vooral daar sprake is van grove verwaarlozing, waar een ouder zich niet bemoeit met de (slechte) opvoeding of niet ingrijpt waar dat nodig is.<sup>97</sup> Grove verwaarlozing of misbruik van de ouderlijke macht leidt niet altijd per definitie tot ontzetting uit de ouderlijke macht. De handelingen moeten namelijk wel invloed hebben op de opvoeding en het onderhoud van de kinderen. De handelingen moeten een moreel nadelige invloed uitoefenen op de kinderen; de moraliteit van de kinderen moet hier onder lijden.<sup>98</sup>

#### 2.7.2.2c *Ontzetting wegens slecht levensgedrag*

De meeste gepubliceerde uitspraken waarbij ouders uit de ouderlijke macht worden ontzet, betreffen slecht levensgedrag van de ouders. Dit gaat regelmatig samen met grove verwaarlozing. In feitelijke situaties blijken de rechtsgronden vaak in elkaar over te lopen. De wettelijke criteria op grond waarvan overheids-interventie gerechtvaardigd is, staan niet volledig los van elkaar en beogen niet per definitie verschillende situaties. Dit maakt het moeilijker om de verschillende rechtsgronden te begrenzen.

Een aantal feiten wordt voortdurend als slecht levensgedrag aangemerkt. Een eerste feit dat meermalig voorkomt in de jurisprudentie is dronkenschap of alcoholisme. Dit gaat eigenlijk altijd samen met andere kenmerken die als slecht levensgedrag worden bestempeld, zoals de prostitutie ofwel de ‘*onzalige levenswijze*.’ Prostitutie van de ouder wordt als slecht levensgedrag gezien als dit bij de kinderen bekend is en op hen een moreel verderfelijke invloed uitoefent. Wanneer niet blijkt dat de prostitutie een moreel nadelige invloed heeft op de kinderen, wordt geen ontzetting uitgesproken.<sup>99</sup>

Een andere levenswijze die als slecht wordt bestempeld, is het plegen van overspel. “*Overspel is een groot zedelijk kwaad, een groot onrecht en eene krenking van het recht der maatschappij; het behoeft wel geen betoog, dat het huwelijk de grondslag der maatschappij is; overwegende dat deze, in onze wetgeving nog steeds geldende beginselen, aantonen, dat onze wetgever, waar hij spreekt van personen van een ‘slecht levensgedrag’ daarmee zeker en misschien wel in de eerste plaats op het oog heeft vrouwen, die voortdurend en openlijk in*

---

95 In het Franse recht worden beide redenen tot ontzetting, daden en nalatigheid, vanwege het moeilijk te trekken onderscheid samengevat tot één rechtsgrond voor overheidsingrijpen: “*Mauvais traitements, compromettant soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité des enfants.*” Zie Van Hamel in zijn *Handleiding bij de practijk der Kinderwetten* (1924), p. 52 e.v.

96 HR 13 februari 1914; zie TKw deel 7, p. 1.

97 Zie o.a. Rb. 's-Hertogenbosch 30 maart 1906 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 september 1906, TKw deel 1, p. 145; Rb. Utrecht 15 oktober 1908 en Gerechtshof Amsterdam 14 november 1908; TKw deel 3, p. 76.

98 Zie Gerechtshof 's-Gravenhage 31 december 1906; TKw deel 2, p. 15 e.v.; Rb. Groningen 25 juni 1909 en Gerechtshof Leeuwarden 21 juli 1909; TKw deel 3, p. 152 e.v.

99 Zie Rb. Amsterdam 2 maart 1906, TKw deel 2, p. 97; Rb. Assen 25 mei 1909 en Gerechtshof Leeuwarden 30 juni 1909, TKw deel 3, p. 129 (ook dronkenschap); Rb. Amsterdam 24 juni 1907 en Gerechtshof Amsterdam 5 november 1907, TKw deel 2, p. 97 e.v. (ook dronkenschap).



*overspel leven.*”<sup>100</sup> Het belang van het kind zal in dergelijke gevallen dan ook altijd gediend zijn met een ontzetting van de ouder of voogd, aangezien het kind anders “*onbehoorlijke en onredelijke beginselen zal aanleren.*”

Een laatste kenmerk van slecht levensgedrag betreft het buitenechtelijk samenleven. Ook dit wordt in de jurisprudentie regelmatig als grond aangevoerd voor de ontzetting van een ouder uit de ouderlijke macht. Het gaat dan om een ouder die de andere ouder heeft verlaten en met een ander is gaan samenwonen. In 1908 oordeelt het Gerechtshof te Arnhem dat, hoewel de moeder en de vreemde man goed voor hun kinderen zorgen zodat ze zelfs een betere verzorging dan vroeger genieten, “*het toch in hun belang is, dat zij dien onwettigen en onzedelijken toestand, waarin hun moeder leeft, niet steeds voor oogen hebben en evenmin daarmee verzoend geraken, maar hun welbegrepen belang meebrengt dat zij aan het ouderlijk gezag geheel worden onttrokken en ook geestelijk een gezonde opvoeding deelachtig worden.*”<sup>101</sup> In 1915 oordeelt het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch echter dat, ondanks het feit dat de moeder buiten echt met een ander samenleeft, er geen sprake is van slecht levensgedrag dat tot ontzetting leidt. In casu wordt het kind namelijk goed verzorgd, de echtscheiding heeft al plaatsgehad en binnenkort gaat de moeder opnieuw trouwen met de man met wie zij samenwoont.<sup>102</sup> Toch lijkt het niet zozeer om het belang van het kind te gaan, als wel om de maatschappelijke orde en de publieke opvattingen over slecht levensgedrag.

De vraag kan dan ook worden gesteld wanneer nu precies sprake is van slecht levensgedrag. Bij de overweging of bepaalde handelingen of gedragingen als slecht levensgedrag kunnen worden bestempeld, dient het niet zozeer om de persoonlijke zienswijze van de rechter te gaan, maar om ‘de algemeen maatschappelijke opvattingen’. De in de samenleving geldende onderscheiding tussen goed en kwaad dient de beslissende norm te zijn. De rechter moet zich afvragen of naar algemeen gehuldigde maatschappelijke opvattingen de verzorger van het kind, die buiten echt samenleeft, zich misdraagt.<sup>103</sup> Zo vinden de maatschappelijke denkbeelden en normen hun weerslag in de rechtspraak van deze periode. De feiten die tot ontheffing of ontzetting leiden, worden vanuit de samenleving als verderfelijk gezien en de uitspraken van ontzetting uit en ontheffing van de ouderlijke macht zijn dan ook sterk moraliserend en tijdsbepaald.

#### *2.7.2.2d De belang-clausules als begrenzing van overheidsinterventie*

De gronden voor het opleggen van een kinderbeschermingsmaatregel worden geclausuleerd door de belang-vereisten. Een ouder kan worden ontheven als het belang van de kinderen zich niet tegen die ontheffing verzet. Ontzetting kan alleen worden uitgesproken als het belang van de kinderen dit noodzakelijk vordert. Nadat door de rechter is beoordeeld of aan de rechtsgrond voor ontheffing of ontzetting is voldaan, moet derhalve een tweede toetsing plaatsvinden, namelijk of aan het belang-vereiste is voldaan. Ontzetting (tegen de wil van de ouders) kan alleen geschieden bij besliste noodzakelijkheid in het belang van de kinderen. Voor ontheffing, waarbij de ouders hun toestemming moeten verlenen, is de wet minder streng. Door te beoordelen of het opleggen van een maatregel in het belang

100 Zie Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 december 1913, in TKw deel 6, p. 106.

101 Gerechtshof Arnhem 17 juli 1908, in TKw deel 3, p. 45 e.v.

102 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 6 april 1915, in TKw deel 8, p. 6 e.v.

103 In de jurisprudentie betreft het steeds de vrouw; zie Rb. 's-Gravenhage 10 november 1910 en Gerechtshof 's-Gravenhage 10 april 1911, in TKw deel 4, p. 145; Rb. Amsterdam 30 november 1910, in TKw deel 4, p. 153.

is van het kind, kan het ingrijpen in het gezin door de overheid worden begrensd. Daarom is het ook belangrijk dat de maatregel van ontzetting, die kan worden opgelegd zonder toestemming van de ouder, een strenger belang-vereiste kent dan de maatregel van ontheffing.<sup>104</sup> Het is dan wel noodzakelijk dat de rechter deze belang-vereisten op de juiste wijze toepast, zonder het begrip verder uit te rekken. Het Gerechtshof te Arnhem beslist in 1908 dat “*het welbegrepen belang van de kinderen meebrengt dat de moeder uit het ouderlijk gezag wordt ontzet.*”<sup>105</sup> Dit belang-vereiste gaat minder ver dan dat ‘*het belang van de kinderen ontzetting noodzakelijk vordert*’; zo kan dus het ingrijpen in het gezin versoepeld worden. Dit lijkt toch niet de bedoeling van de wetgever te zijn geweest. In 1910 oordeelt de Rechtbank te Rotterdam dat voor ontzetting nodig is, dat één der wettelijke gronden, die daartoe kunnen leiden, aanwezig is en dat bovendien bewezen wordt dat het belang van de kinderen de verzochte ontzetting noodzakelijk maakt.<sup>106</sup> Dit lijkt meer op het uitgangspunt van de Kinderwetten: ontneming van het ouderlijk gezag als ‘ultimum remedium’.

#### 2.7.2.3 Herstel in de ouderlijke macht

Tenslotte kan worden verzocht om herstel in de ouderlijke macht of voogdij. Hij die van de ouderlijke macht is ontheven of uit de ouderlijke macht is ontzet, kan zowel op eigen verzoek, op verzoek van de Voogdijraad of op vordering van het OM in de ouderlijke macht worden hersteld of tot voogd over zijn minderjarige kinderen worden benoemd. Indien de feiten die tot ontzetting hebben geleid, opgehouden hebben te bestaan en zich niet langer tegen herstel verzetten, kan het verzoek worden toegewezen.<sup>107</sup> Pas uit een duurzame verandering in de toestand van de ouder of voogd kan blijken of feiten die tot ontzetting hebben geleid, zich niet langer tegen herstel in de ouderlijke macht verzetten.<sup>108</sup> Een verzoek tot herstel wordt dus niet gemakkelijk gehonoreerd. Bovendien moet het herstel in het belang van het kind zijn, ook al staat dat niet uitdrukkelijk in het wetsartikel genoemd. Het is niet voldoende aan te tonen dat “*zijne levenswijze... ten goede is veranderd... tevens moet worden overwogen, of de aard en het karakter van het kind zich niet tegen het terugbrengen onder den invloed der ouders verzet.*”<sup>109</sup> Behalve het feit dat niet veel verzoeken om herstel in de ouderlijke macht worden gedaan, wordt een verzoek door de rechter niet snel toegewezen. Ook dit wijst weer op het definitieve karakter van de kinderbeschermingsmaatregelen in deze periode; het kind en de ouders worden volledig gescheiden en deze scheiding wordt slechts in uitzonderlijke gevallen weer opgeheven.

#### 2.7.2.4 Conclusie toepassing Kinderwetten

De rechtsgronden voor de nieuwe kinderbeschermingsmaatregelen worden na de inwerkingtreding dan nog wel op verscheidene wijze ingevuld, maar toch is steeds

---

104 Stegerhoek (1995) spreekt over de ‘welwillende’ resp. de ‘terughoudende’ formulering van het belang-criterium; par. 3.8.

105 Gerechtshof Arnhem 17 juli 1908, in TKw deel 3, p. 45.

106 Rb. Rotterdam 13 mei 1910, in TKw deel 4, p. 58 e.v.

107 Zie artikel 374e BW (van de Kinderwetten). Het verzoek ‘kan’ (niet: ‘moet’!) worden toegestaan: zie Rb. ’s-Gravenhage 26 mei 1909, Gerechtshof ’s-Gravenhage 20 september 1909 en HR 29 september 1909, in TKw deel 4, p. 15 e.v.

108 Rb. Amsterdam 22 november 1916, in TKw deel 8, p. 126.

109 Rb. Amsterdam 7 december 1910 en Gerechtshof Amsterdam 9 januari 1910, in TKw deel 4, p. 137; zie ook Rb. Arnhem 15 november 1915 en Gerechtshof Arnhem 15 februari 1916, in TKw deel 8, p. 37 e.v.

meer sprake van consistentie in de jurisprudentie bij de verschillende beschikkingen die leiden tot een ontheffing of een ontzetting. De maatregelen worden niet gemakkelijk opgelegd; dit blijkt wel uit het feit dat het aantal ontzettingen veel hoger ligt dan het aantal ontheffingen. Bij een ontzetting gaat het toch om ernstige feiten die ertoe dwingen de ouders de ouderlijke macht te ontnemen. Hierbij lijkt het vooral om de uitdrukkelijke verwijtbaarheid van de ouders te gaan; prostitutie, buitenechtelijk samenleven en alcoholisme zijn redenen tot ontzetting van de ouders. Het belang van het kind lijkt slechts een marginale rol te spelen. De maatschappelijke normen en opvattingen leiden ertoe dat de ouders als het ware gestraft worden voor hun onzedelijk gedrag. Eerder het recht dan de plicht van ouders tot opvoeding is in het geding. Het kind staat niet centraal bij de beoordeling van de feiten die tot een ontheffing of ontzetting leiden.

Het onderende en beschuldigende karakter van de ontzetting blijkt ook uit het feit dat bij de grondwetsherziening van 1917 wordt bepaald dat een ontzetting uit de ouderlijke macht een verlies van het actieve en passieve kiesrecht met zich meebrengt. “*Vele leden (van de Tweede Kamer, MB) verlangden opnemning in de Grondwet van de uitsluiting van hen, die van de ouderlijke macht zijn ontzet... overeenkomstig den wensch van vele leden, is alsnog als uitsluitingsgrond (voor het kiesrecht, MB) opgenomen de ontzetting uit de ouderlijke macht.*”<sup>110</sup> Het zal nog tot 1983 duren voordat deze regel bij grondwetsherziening wordt afgeschaft.<sup>111</sup>

Is een maatregel eenmaal opgelegd, dan lijkt een totale scheiding tussen ouders en kind de beste oplossing. Ook nu wordt het belang van het kind niet meegewogen maar speelt de moraliteit een meer belangrijke rol. Men vraagt zich niet af of het wellicht in het belang van het kind zou zijn om zijn ouders nog te bezoeken of te zien. Uit de weinige verzoeken tot herstel en het nauwelijks toewijzen van deze verzoeken blijkt eveneens het definitieve karakter van de maatregelen.

De eerste jaren na de invoering van de Kinderwetten heeft men zich wel gebogen over de vraag wanneer verwaarlozing van het kind leidt tot ontzetting uit de ouderlijke macht. Deze vraag is van belang om te weten hoe ver de overheid kan gaan bij het ingrijpen in het gezin; hoe snel is sprake van verwaarlozing op grond waarvan de overheid een gezinsinterventie kan rechtvaardigen?

### 2.7.3 Objectieve en subjectieve verwaarlozing

Al snel na de invoering van de Kinderwetten komt de vraag op of ontzetting uit de ouderlijke macht op grond van objectieve of subjectieve verwaarlozing moet worden uitgesproken. Is objectieve verwaarlozing voldoende om tot ontzetting over te gaan, dan is het objectief geconstateerde feit dat een kind wordt verwaarloosd voldoende voor de rechtsgeldigheid van ontzetting. Vindt de rechtsgrond ‘*grove verwaarlozing van de verplichting tot onderhoud en opvoeding*’ echter alleen toepassing bij subjectieve verwaarlozing, dan moet de ouder enige mate van verwijt zijn te maken; er moet sprake zijn van enige vorm van schuld. Bij deze

---

110 Art. 80 (oud) Gw. Zie VV over de Regeringsontwerpen tot het in overweging nemen van een voorstel van verandering in hfst. 2-4 en de additionele artikelen der Grondwet (VII), par. 6, en MvA op de beide voorlopige verslagen van 1 september 1916 (VIII), par. 6; in: *Handelingen over de herziening der Grondwet*, J.B. Kan, 's-Gravenhage: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante, 1916, deel 1. De grondwetsherziening is aangeboden bij KB van 1 december 1917, gepubliceerd in het Stb. 1917, nr. 660, 661, 662.

111 Zie *Kamerstukken II*, 1976-1977, 14223, nr. 3 (MvT), p. 9. De nieuwe Gw. is in werking getreden op 17 februari 1983.

vraag speelt ook mee dat de rechter de ontzetting in het belang van het kind moet beoordelen, een tweede toetsing die in de nieuwe wet is opgenomen voordat tot ingrijpen in het gezin mag worden overgegaan.

De meningen zijn verdeeld; zo is Hesse de mening toegedaan dat *“de wet geen rekening houdt met de meer of mindere toerekenbaarheid van den te ontzetten persoon, de ontzetting geschiedt uitsluitend in het belang van de minderjarige; de wetgever heeft met de ontzetting een maatregel van bescherming voor 't kind bedoeld. Zonder bezwaar kan dus elke grove verwaarloozing, onafhankelijk van de vraag, of bij den ouder kwaadwilligheid in het spel is of niet, aanleiding zijn in 't belang van het kind den ouder te ontzetten.”*<sup>112</sup> De Beneditty wijst op de gevaren als een objectieve verwaarlozing wordt voorgestaan: *“Meent men, dat verwaarloozing in objectieven zin moet worden geïnterpreteerd, zoo zal in de meeste gevallen van ontheffing tevens een reden tot ontzetting gelegen zijn; bij eventueel verzet tegen ontheffing, kan dan voor ontzetting aanvraag worden gedaan... het verschil tusschen ontheffing en ontzetting zal alleen nog op papier bestaan. Bovendien zal dit velen er toe leiden om zich maar niet te verzetten tegen de ontheffing, daar anders de nog zooveel hardere ontzetting hen dreigt.”*<sup>113</sup> Hiertegenover stelt hij dat als de subjectieve verwaarlozing doorslaggevend is, in talrijke gevallen de toestand dezelfde is als wanneer er feitelijk geen Kinderwetten bestaan.

Schadee verwerpt de bezwaren tegen een objectieve verwaarlozing waar hij voor deze benadering pleit: *“De text der wet nu geeft tot het stellen van den schuldeisch... geen aanleiding. En haar geschiedenis al evenmin. Integendeel is bij die geschiedenis voortdurend en uitdrukkelijk vooropgesteld, dat het belang der kinderen in de allereerste en eenige plaats steeds den doorslag heeft te geven... uit den text der wet noch uit haar geschiedenis is dus de schuldeisch af te leiden. Maar men wil dit thans doen door een argumentatie, ontleend aan de tegenstelling tusschen ontzetting en ontheffing. Ook deze redeneering gaat echter niet op. De tegenstelling tusschen beide instituten is allereerst deze, dat ontzetting slechts mogelijk is in geval van verwaarloozing terwijl voor ontheffing de eisch van verwaarloozing nergens is gesteld... Een tweede tegenstelling is deze, dat voor ontheffing medewerking, althans het ontbreken van verzet van de zijde van den te ontheffen ouder of voogd vereischt is. Ontzetting kan ook tegen den zin van den ouder worden uitgesproken. In de derde plaats ligt een ingrijpend verschil in de wettelijke formules, dat ontzetting alleen mogelijk is, wanneer het belang der kinderen zulks noodzakelijk vordert, terwijl voor ontheffing enkel en alleen de eisch is gesteld, dat het belang van het kind zich daartegen niet verzet. Men ziet het, verschilpunten genoeg, ook zonder dat een element van tegenstelling... het schuld-element behoeft te worden gecreëerd om niet beide instituten in elkaar te laten verlopen;... tot motiveering eener ontzettingsaanvraag is... het objectief aanwezig zijn van verwaarloozing voldoende.”*<sup>114</sup> Van Hamel verwerpt deze zienswijze door te stellen dat *“het beslist noodig is, dat men in het begrip ‘ontzetting’ houdt het vereischte van de verantwoordelijkheid der ouders voor datgene, wat men hun ten laste legt. Men oefent hier wel geen strafrecht uit, maar wel iets wat er naar zweemt. Ieder geval van ontzetting staat niet op zich zelf, maar werkt na; in de heele buurt wordt er over gesproken, en beoordeeld, getoetst*

---

112 Hesse (1908), p. 77 e.v.

113 De Beneditty (1910), p. 84 e.v.

114 Schadee tijdens de openbare vergadering van de Nederlandschen Bond tot Kinderbescherming op 11 juni 1910.

*aan de zedelijke opvattingen van het gezinsleven.*"<sup>115</sup> Hij staat dan ook net als De Beneditty een subjectieve benadering voor van het verwaarlozingsbegrip op grond waarvan ontzetting kan worden uitgesproken. In de Toepassing der Kinderwetten wordt als algemene regel slechts de combinatie van objectieve en subjectieve verwaarlozing als ontzettingsgrond aangenomen.<sup>116</sup>

Vanuit het subjectief standpunt, waarbij de ouders schuld moeten hebben aan de verwaarlozing, klinkt aldus door dat men de ouders op grond van hun fouten wil straffen door de maatregel van ontzetting op te leggen. Het objectieve verwaarlozingsbegrip daarentegen gaat niet zozeer uit van de schuld van ouders, maar van het belang van het kind. Als sprake is van zodanige verwaarlozing dat ingrijpen door middel van een ontzetting ter bescherming van het kind noodzakelijk is, zal die ontzetting moeten worden verzocht en uitgesproken, los van de vraag of de ouders die verwaarlozing kon worden verweten.

Uit de rechtspraak kan geen duidelijk standpunt worden afgeleid. De objectieve en subjectieve opvatting wordt afwisselend gehanteerd, waarbij een zekere voorkeur bestaat voor de leer der subjectieve verwaarlozing.<sup>117</sup> Zoals al duidelijk werd, betreffen veel uitspraken van grove verwaarlozing een ouder die zich niet met de opvoeding bemoeit of niet handelt in het belang van het kind waar dat nodig is. Juist dan speelt de vraag of de ouder iets verweten moet kunnen worden. Het kan bijvoorbeeld zo zijn, dat een minderjarige op jonge leeftijd door de ouders aan een vreemde is toevertrouwd en daar uitstekend wordt verzorgd en opgevoed. De ouder heeft nooit meer naar het kind omgezien. De vraag is dan of de ouder op grove wijze het kind verwaarloost, daar waar het kind objectief gezien niet verwaarloosd is. Omgekeerd kan het ook zo zijn dat de ouders door armoede hun kind zelfs het meest noodzakelijke niet kunnen bieden; een kind is dan objectief wel verwaarloosd, maar subjectief zou de ouder alles willen doen om het kind een voldoende verzorging en opvoeding te geven. Is in dit geval nu sprake van verwaarlozing?

In de rechtspraak vindt men zowel beschikkingen met een objectief verwaarlozingsbegrip als met een subjectieve benadering van verwaarlozing.<sup>118</sup> Het lijkt vanuit de rechterlijke macht moeilijk om een consistent en uniform standpunt te bepalen. Zelfs binnen arrondissementsrechtbanken en gerechtshoven wordt soms de objectieve, dan weer de subjectieve benaderingswijze toegepast.<sup>119</sup> In 1909

---

115 Van Hamel in reactie op Schadee tijdens de openbare vergadering van de Nederlandschen Bond tot Kinderbescherming van 11 juni 1910.

116 Zie de TKw deel 3, p. 17 en De Beneditty (1910), p. 84 e.v.

117 Zie hierover Doek (1972), p. 14; hij stelt dat de terughoudendheid in de rechtspraak voor de objectieve leer zijn oorzaak vindt in de opvatting dat de ontzetting een uiterste middel is en behoort te blijven. Een andere mogelijke oorzaak zou zijn het feit, dat de invloed van de legistische opvattingen van de negentiende-eeuwse civilisten Opzoomer en Diephuis nog vrij groot is.

118 Zie voor een objectief verwaarlozingscriterium Gerechtshof 's-Gravenhage 18 december 1907, TKw deel 2, p. 129; Rb. Amsterdam 6 januari 1908, TKw deel 2, p. 129; Gerechtshof Amsterdam 18 februari 1908, TKw deel 2, p. 177; Rb. Rotterdam 28 juli 1909, TKw deel 3, p. 160; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 februari 1913, TKw deel 6, p. 19. Voor een subjectieve benaderingswijze van verwaarlozing zie Rb. Rotterdam 6 januari 1908, TKw deel 2, p. 129; Gerechtshof Amsterdam 29 januari 1908, TKw deel 2, p. 129; Rb. Arnhem 4 februari 1907, TKw deel 2, p. 17; Gerechtshof 's-Gravenhage 27 september 1909, TKw deel 3, p. 160; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 mei 1919, TKw deel 8, p. 1. Zie over dit alles ook Doek (1972), p. 12-15.

119 Zo bijv. Gerechtshof 's-Hertogenbosch, dat op 25 februari 1913 nog een objectief verwaarlozingscriterium hanteert, maar op 4 mei 1919 een subjectieve benadering voorstaat; zie TKw deel 6, p. 19 en deel 8, p. 1.

tracht de Voogdijraad Rotterdam II over deze kwestie een standpunt van de Hoge Raad uit te lokken. De Hoge Raad meent echter dat hij geen principiële beslissing mag geven gezien het feit dat de rechtsbeslissing van het Gerechtshof 's-Gravenhage een feitelijk resultaat van het onderzoek is.<sup>120</sup> In 1919 heeft de Hoge Raad wel gekozen voor de subjectieve leer door te oordelen dat de zorg van de moeder tegenover haar kinderen “*willens achterwege was gelaten*.”<sup>121</sup>

Gaat men er vanuit dat voor het vaststellen van grove verwaarlozing de ouders schuldig moeten zijn, dan moet ook nog worden uitgemaakt hoe ver dit schuldvereiste gaat. Is bijvoorbeeld van voldoende schuld gebleken als de ouders zich niet voortdurend op de hoogte hebben gehouden van de omstandigheden van het kind, of moet sprake zijn van grove schuld waarbij de ouders opzettelijk niet hebben ingegrepen? Een eenduidig antwoord is niet te vinden in de jurisprudentie. Het lijkt toch meer te gaan om de omstandigheden van het geval, waarbij de ene keer het subjectieve element bepaalt of een ouder wordt ontzet, terwijl in een volgende zaak voldoening wordt genomen met de aangetoonde objectieve verwaarlozing.

De meer strikte toepassing van de wet, die niet voor niets een onderscheid maakt tussen ontheffing en ontzetting van ouders, voert uiteindelijk de boventoon. Door deze discussie wordt echter duidelijk dat in bepaalde gevallen gezocht wordt naar een manier om gemakkelijker en sneller in te grijpen in het gezin als dit in het belang van het kind is. De aandacht voor het kind leidt tot de overwegingen die objectieve verwaarlozing als voldoende rechtsgrond voor ontzetting uit de ouderlijke macht zien. Blijkbaar is er behoefte aan een tussenoplossing in die gevallen, waar minderjarigen worden verwaarloosd zonder dat sprake is van schuld van ouders en zonder dat ouders met een ontheffing willen toestemmen.

Verdergaande bescherming van de minderjarige, door slechts een objectieve verwaarlozing als voldoende rechtsgrond voor overheidsinterventie in het gezin te hanteren, vindt in de praktijk niet voldoende aanhang. Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld Frankrijk, waar de rechter wel een ruime toepassingsgrond voorstaat.<sup>122</sup> De Nederlandse rechter heeft een meer legistische opvatting en blijft aan de wet vasthouden. Dit lijkt tegengesteld aan de verwachting dat Nederland, omdat algemene, ruime rechtsgronden voor overheidsinterventie in de wet zijn geformuleerd, een ruime rechterlijke interpretatie zou voorstaan. Deze gedachte van een ruime beoordelingsvrijheid van de rechter, die de gronden van ontheffing

---

120 HR 18 november 1909, in TKw deel 3, p. 160. De P.-G. geeft wel principieel zijn oordeel te kennen: het belang van het kind staat op de voorgrond en niet het antwoord op de vraag of er geringe of grove schuld is bij ouders of voogden. Tot de verplichting, waarvan de verwaarlozing reden tot ontzetting kan zijn, behoort zeker de nauwlettende zorg, dat het kind niet verkeert in een verderfelijke omgeving. Het kind wordt reeds verwaarloosd, indien de ouders of voogden zich niet vergewissen van de aard van de omgeving waarin zij de kinderen plaatsen. De P.-G. pleit dus voor ontzetting op grond van objectieve verwaarlozing.

121 HR 28 juli 1919, NJ 1919, p. 788; zie Van Wijk (1999), p. 35.

122 Zie hierover De Beneditty (1910), p. 95 e.v., die constateert dat de Franse rechtspraak, ondanks de meer concrete rechtsgronden voor ontzetting zoals die in de Franse wet zijn opgenomen, alleen een objectieve maatstaf aanneemt en de wet ruim interpreteert in het belang van het kind. Zo ook Van Toorenburg (1918), p. 108 e.v. Coenen (1892) ziet een duidelijk mentaliteitsverschil tussen de Franse en Nederlandse samenleving: “*Dät is het verschil, dat men in Frankrijk en andere landen alleen kijkt naar de kinderen en vraagt of zij opvoeding behoeven: ...bij ons, met een uiterste poging om niet bekrompen te zijn, ziet men alleen de ouders en vindt dat ouderlijke macht geen voorwendsel mag zijn tot mishandeling. Niet in de text der wetten zozeer, is het onderscheid tusschen hier en buitenland, maar in den stand der meeningen*” (p. 186).

en ontzetting inhoud zou moeten geven en de grenzen zou moeten stellen, wordt ook voorgestaan door minister van Justitie Cort van der Linden tijdens de parlementaire behandeling van de Kinderwetten. Hij stelt dat de wetsbepalingen pas door de rechtspraktijk leven zullen krijgen. De Nederlandse rechterlijke macht lijkt toch terughoudend en huiverig om al te ver te gaan bij de beoordeling van de rechtsgronden en houdt zich liever zoveel mogelijk aan de wettekst. Gesteld zou kunnen worden dat Frankrijk meer afstand heeft gedaan van het van oorsprong Romeinse stelsel, dat de ouderlijke macht vooral als recht van de ouders beschouwt, dan Nederland. In Nederland is men huiverig voor preventief ingrijpen in het belang van het kind ter voorkoming van verwaarlozing; alleen bij duidelijk aantoonbare feiten kan repressief worden opgetreden. In de rechtspraak blijven de grenzen aan overheidsinterventie in het gezin uitdrukkelijk gehandhaafd door een strikte uitleg van de wet.

#### 2.7.4 *Gedwongen ontheffing bij ontzetting van één der ouders*

In de discussie rond de vraag of voor ontzetting sprake moet zijn van objectieve of subjectieve verwaarlozing, gaat het meestal om een ouder die zich niet met de opvoeding bemoeit, niet meer met de kinderen samenwoont of niet ingrijpt in het belang van het kind waar dit nodig is. De Voogdijraden requesteren in deze gevallen en pogen een verzoek tot ontzetting toegewezen te krijgen. Zoals al duidelijk is geworden, lukt dit menigmaal als de rechter objectieve verwaarlozing voldoende acht voor ontzetting uit de ouderlijke macht. In de gevallen waar een ontzetting niet wordt toegewezen, zoekt men naar andere oplossingen.

Het probleem ligt vooral daar, waar één ouder wordt ontzet uit de ouderlijke macht en de andere ouder als voogd de ouderlijke macht behoudt. Blijven vader en moeder samenwonen, dan valt geen enkel resultaat te verwachten van de ontzetting. Als bijvoorbeeld de vader wordt ontzet, maar de moeder onder invloed van de vader de kinderen zal blijven opvoeden, zal aan de feitelijke situatie niets veranderen. *“In geval van ontzetting of van ontheffing van één der ouders, oefent de andere, -tenzij ook deze van zijn macht is ontzet of ontheven- van rechtswege de ouderlijke macht uit. Tot zeer vreemde toestanden kan dat aanleiding geven. Het huwelijk blijft bestaan... dus zijn man en vrouw verplicht in dezelfde woning te verblijven; de kinderen zullen, in verreweg de meeste gevallen, ook in die woning vertoeven. Het komt dus in werkelijkheid hierop neer, dat vader en moeder vader en moeder blijven en dat de nieuwe rechtstoestand door die werkelijkheid wordt te niet gedaan, tenzij hij of zij die de macht rechtens heeft, de andere daarop opmerkzaam maakt, wat misschien nog erger is, omdat het tot twist aanleiding geeft, wat ook op de hoofden van kinderen neer komt... Blijven de ‘ontheven’ en vooral de ‘ontzette’ ouder en de kinderen onder één dak, dan wordt, in één woord, een toestand geboren die haast niet houdbaar is, en er wordt in de opvoeding van de kinderen niets gewijzigd. ‘t Is mij bekend, dat meer malen besloten is, in geval dat er alleen gronden waren om één der ouders te ontzetten, om de zaak maar blauw blauw te laten. Het zwakke punt ligt in de bepaling dat ontheffing niet mag worden uitgesproken indien de betrokken ouder zich er tegen verzet... een groote verbetering zoude zijn, indien, bij ontzetting van één der ouders, den rechter de bevoegdheid werd gegeven de andere dadelijk te ontheffen ook ondanks verzet van die zijde.”*<sup>123</sup>

---

123 Zie Engelen (1908), p. 229 e.v.

Ook door anderen wordt de wens kenbaar gemaakt om in dergelijke gevallen een gedwongen ontheffing toe te passen. Volgens Van Hamel *“zoude het wel wenschelijk zijn geweest, dat het voortaan mogelijk zoude zijn, de ouder, ook tegen hun wil van de ouderlijke macht te kunnen ontheffen. In de praktijk toch komt het meermalen voor, dat ouders voor de terechtzitting nog bij het onderzoek van den Voogdijraad verklaard hebben zich tegen een ontheffing niet te zullen verzetten, en op de terechtzitting hun verklaring intrekken, waardoor het gevaar ontstaat, dat het kind de dupe wordt.”*<sup>124</sup>

De Voogdijraden maken in 1907 hun bezwaren kenbaar inzake de praktijk van de Kinderwetten. Zij komen eveneens met een voorstel tot gedwongen ontheffing. Namelijk *“meermalen reeds is gebleken, dat de ontzetting van den vader weinig gunstige resultaten opleverde, wanneer de moeder weigerde haar ontheffing te verzoeken. Daarom werd van meer zijden aangedrongen op de mogelijkheid, ontheffing te doen plaats hebben ook tegen den wensch van den te ontheffen ouder.”*<sup>125</sup> Bij een verzoek aan de rechter om ontzetting van de ene ouder stelt de Voogdijraad Arnhem dat de weigering tot ontheffing van de andere ouder als verwaarlozing is aan te merken en daarom ook tot ontzetting moet leiden. De rechter gaat hier echter niet in mee en wil een weigering tot ontheffing bij ontzetting van de andere ouder niet als grove verwaarlozing bestempelen. De rechterlijke macht werkt niet mee bij het zoeken naar oplossingen voor dergelijke situaties door een ontzetting uit te spreken.<sup>126</sup>

Uit de wens van gedwongen ontheffing van een ouder in geval de andere ouder is ontzet uit de ouderlijke macht blijkt dat gezocht wordt naar creatieve oplossingen waar de wet niet toereikend is. Als kinderen niet beschermd kunnen worden omdat slechts één ouder uit de ouderlijke macht wordt ontzet en de andere ouder het gezag blijft uitoefenen, kan volgens de wet niet worden ingegrepen waar een ouder geen toestemming tot ontheffing geeft. Door middel van het opleggen van een gedwongen ontheffing zou aan deze situaties een einde kunnen worden gemaakt en zou het beoogde resultaat, namelijk de kinderen te beschermen door ingrijpen in het gezin, worden behaald. De rechterlijke macht wil echter niet meewerken door de gronden voor het opleggen van de kinderbeschermingsmaatregelen te verruimen.

Na de inwerkingtreding van de Kinderwetten wordt zodoende duidelijk dat in de praktijk niet voor alle situaties een toereikende regeling bestaat. Het ontnemen van het ouderlijk gezag is zo drastisch en radicaal, dat gezocht wordt naar een tussenoplossing om minder ingrijpend op te treden. Verder ontstaat behoefte aan, behalve repressief ingrijpen, preventieve maatregelen om erger te voorkomen en binnen een gezin te interveniëren voordat het te laat is. Tenslotte is in bepaalde gevallen de vereiste toestemming voor ontheffing niet toereikend waar het gaat om ouders waarvan er één uit de ouderlijke macht is ontzet en de ander niet aan een ontheffing wil meewerken. De rechterlijke macht blijft zich dan wel aan een strikte uitleg en toepassing van de wet houden, vanuit de hulpverlenende hoek van de samenleving wordt naar andere vormen van ingrijpen in

---

124 Zie Van Hamel in zijn *Handleiding bij de practijk der Kinderwetten* (1924), p. 216 e.v.

125 Zie het overzicht van de door de Voogdijraden kenbaar gemaakte bezwaren in zake de praktijk der kindwetten, TKw deel 2, p. 67 e.v.

126 Rb. Arnhem, 28 oktober 1909 en 14 maart 1910, Gerechtshof Arnhem 13 april 1910, TKw deel 4, p. 49 e.v. Het Gerechtshof neemt hier een subjectief verwaarlozingscriterium aan gezien het feit dat geen ontzetting wordt opgelegd op grond van objectieve verwaarlozing van het kind.



het gezin gezocht die of minder definitief, of meer praktisch en succesvol kunnen zijn om kinderen en gezinnen te helpen.

## 2.7.5 Beoordelingsvrijheid en motiveringsplicht van de rechter

### 2.7.5.1 Een gebrek aan motivering door de rechter

Bij het opleggen van een maatregel tot ontheffing van of ontzetting uit de ouderlijke macht moet een rechter de algemene, ruim opgestelde rechtsgronden zoals die in de wetsartikelen zijn opgenomen, toepassen. Hij heeft daarbij, zoals eerder is geconstateerd, een ruime beoordelingsvrijheid; in hem is door de wetgever een groot vertrouwen gesteld om uit te maken wanneer voldoende grond bestaat om in te grijpen in het gezin. *“Onmogelijk is het algemeene regels te geven omtrent hetgeen wel of niet als misbruik van de ouderlijke macht of als grove verwaarloozing van de verplichting tot onderhoud of opvoeding moet aangemerkt worden. De rechter zal altijd moeten vragen, in concreto: is er misbruik van de ouderlijke macht, is er grove verwaarloozing? Wat misbruik van de ouderlijke macht of grove verwaarlozing is, zal hij moeten bepalen en de begrippen moeten begrenzen... Wanneer de wetgever aan ‘slecht levensgedrag’, ‘grove verwaarlozing’, ‘onmacht’ gevolgen verbindt, is het de taak des rechters van deze min of meer vage begrippen door interpretatie nadere duiding te geven. Door de rechtspraak krijgt de wet voor een deel haren inhoud.”*<sup>127</sup> Het is dan ook van belang dat deze rechterlijke bevoegdheid op enige wijze kan worden gecontroleerd. De gepubliceerde rechtspraak kan hierbij als leidraad dienen. Kan nu uit de jurisprudentie duidelijk worden op welke wijze de rechter zijn beoordelingsvrijheid hanteert en hoe hij de verschillende rechtsgronden inkadert en begrenst?

Hesse stelt de vraag of de rechter van het in hem door de wetgever gestelde vertrouwen geen misbruik heeft gemaakt en of daarom het behoud van de algemene formule gewenst is en komt tot de conclusie dat *“uit het totaal ontbreken van klachten over den omvang en de gronden der ontzetting op te maken valt, dat de regeling in de praktijk weinig moeilijkheden oplevert. De ruime uitdrukkingen staan den rechter toe om in ieder geval geheel op zichzelf te beoordelen en het algemeen beginsel, of het belang van het kind de ontzetting eischt, geheel tot zijn recht te doen komen. Wel is het de vraag, of het causaal verband tusschen dit beginsel en de gronden der ontzetting door de rechterlijke macht genoegzaam in het oog gehouden wordt. De beschikkingen spreiden hierover geen licht wegens de vage motiveering der ontzettingen.”*<sup>128</sup>

Een uitgebreide concrete motivering zou duidelijk maken op welke wijze de verschillende rechters de rechtsgronden toepassen en inkaderen. Uit de jurisprudentie blijkt deze motivering echter meestal minimaal te zijn en vaak enkel een standaardoverweging te bevatten. De redactie van de Toepassing der Kinderwetten pleit dan ook voor een meer uitgebreide motivering bij het door de rechter toepassen van de kinderbeschermingsmaatregelen. *“Het is reeds herhaaldelijk opgemerkt, dat de voorschriften op formeel gebied niet de sterkste zijde der*

---

127 Hesse (1908), p. 75 en 88. Zo ook Van Hamel in zijn *Handleiding bij de praktijk der Kinderwetten*. Over de termen ‘misbruik van macht’ en ‘grove verwaarlozing’ zegt hij op p. 52: *“Dit zijn termen, waarvan de rechter, die de ontzetting uit te spreken heeft, de ruimte bepalen kan. Algemeene regels te stellen, die aangeven moeten, wat wel en wat niet als misbruik van macht, of als grove verwaarlozing van de verplichting tot onderhoud en opvoeding valt te beschouwen, is onmogelijk.”* Zie ook par. 2.6.

128 Hesse (1908), p. 88 e.v.

*kinderwetten vormen... van veel grooter belang schijnt ons een lacune in de wet op formeel gebied, maar die op het nauwst het materiele recht raakt, namelijk deze, dat de gebrekkige regeling der procedure mogelijk laat, dat de rechterlijke beschikkingen zoo goed als niet gemotiveerd worden. Reeds zagen wij gedrukte formulieren in gebruik: ‘overwegende dat der Rechtbank is gebleken, dat... een slecht levensgedrag leidt’, enz... de motiveeringen der ontzettings- en ontheffings-beschikkingen zijn uiterst sober, al te sober. Zeker is soberheid in rechterlijke uitspraken een groote deugd, doch ook hier hoede men zich voor overdrijving. Wanneer de wetgever aan ‘slecht levensgedrag’, ‘grove verwaarloozing’, ‘onmacht’ gevolgen verbindt, dan is het de taak des rechters van deze min of meer vage begrippen door interpretatie nadere duiding te geven. Door de rechtspraak krijgt de wet voor een deel haren inhoud...; ...het is noodig redeneering bij het oordeel. En de beste drang dien de rechter zich daartoe kan opleggen, is de plicht tot motiveering. Hij bepale zich niet tot de uitspraak: ‘hier is al of niet slecht levensgedrag, grove verwaarloozing, onmacht’ maar geve aan, waarom of waarom niet telkens hetgeen ‘ten aanzien der feiten’ is gebleken valt onder het door de wet gestelde begrip.”<sup>129</sup> Ondanks deze aandacht voor het gebrek van de wet ten aanzien van de motiveringsplicht, beslist het Gerechtshof Amsterdam op 19 juni 1907 dat een omstandige motivering van de uitspraak geen wettelijk vereiste is.<sup>130</sup>*

#### 2.7.5.2 De Novelle wet van 27 september 1909

In 1909 vindt een wijziging van de civiele kinderwetten plaats. De belangrijkste verbeteringen van de novelle wet van 27 september 1909 betreffen de behandeling van verwaarloosde natuurlijke niet-erkende kinderen, het processuele optreden van de Voogdijraden en de verplichte bijdragen door de ouders na toepassing van de civiele kinderwetten.<sup>131</sup> Boven alles klinkt het enthousiasme over het succes van de kinderwetten door. “De gedachte, vooropgesteld bij het ontwerpen der wet op de ouderlijke macht en de voogdij..., dat deze ‘Civiele Kinderwetgeving’ een levenwekkende kracht zoude zijn, blijkt ondanks hare nog kortstondige werking reeds thans te zijn verwezenlijkt. Inderdaad mag worden geconstateerd, dat deze wettelijke regelingen op het stuk der verwaarloosde jeugd de zaak der kinderbescherming in hooge mate dienen... de liefdadigheidszin der natie wordt steeds meer opgewekt tot een streven om kinderen, die dreigen op te groeien tot maatschappelijk gevaarlijke elementen, te vervormen tot bruikbare krachten der samenleving.”<sup>132</sup> Hieruit klinkt nog steeds het hervormingsoptimisme door.

Met betrekking tot de kinderbeschermingsmaatregelen wordt wettelijk weinig veranderd. Wel wordt de regeling betreffende de rechterlijke motivering van de uitspraken over kinderbeschermingsmaatregelen uitgebreid. De beslissing tot het opleggen van een maatregel van ontheffing of ontzetting moet nu zijn een “met

129 Zie de TKw deel 1, p. 145, n.a.v. de beschikkingen van Rb. en Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 30 maart en 11 september 1906.

130 Rb. Amsterdam 29 januari, 8 februari, 10 april en 11 mei 1906 en Gerechtshof Amsterdam 19 juni 1906; TKw deel 1, p. 89 e.v.

131 Verwaarloosde niet-erkende kinderen konden vóór de nieuwe wet in werking trad, zodra zij door ouders of voogd alsnog werden erkend, teruggehaald worden na plaatsing in een inrichting. Zie voor de parlementaire behandeling van de Novelle wet van 27 september 1909 De Vries en Van Tricht deel 3 (1910).

132 Zie de MvT bij de Novelle wet van 27 september 1909, in De Vries en Van Tricht deel 3 (1910), p. 2 e.v.

*redenen omklede beschikking.*”<sup>133</sup> In de Memorie van Toelichting wordt er op gewezen dat dit in het bijzonder ook geldt voor de ontworpen voorschriften voor de rechter om zijn beschikkingen met redenen te omkleden. *“Het nut dezer voorschriften zal geene verdere toelichting behoeven: bij de uit den aard der zaak wettelijk niet scherp omlinjende omstandigheden, die tot ontzetting kunnen leiden, schijnt bovendien het zeer gewenscht, dat de praktijk langzamerhand door gemotiveerde rechtspraak aangeve, welk complex van feiten zoodanig ‘slecht levensgedrag’, ‘verwaarloozing van voogdijplichten’ e.d. vormt, dat ontzetting daarvan het gevolg moet zijn of wanneer de feiten, die tot ontheffing of ontzetting leidden, zich niet langer tot herstel in de ouderlijke macht of benoeming tot voogd verzetten.*”<sup>134</sup> Nu wordt uitdrukkelijk bepaald dat de rechter zijn beschikkingen expliciet dient te motiveren. Pas dan kan werkelijk duidelijk worden wanneer er voldoende redenen zijn om een op de rechtsgronden gebaseerde beslissing betreffende de ouderlijke macht of de voogdij te nemen. De beoordelingsvrijheid kan op deze manier worden gecontroleerd en de inkadering van de rechtsgronden kan in kaart worden gebracht.

Dat de wijziging in de wet die een verplichting aan de rechter oplegt om de beschikkingen uitdrukkelijk te motiveren niet het gehoopte resultaat met zich meebrengt, namelijk het duidelijk aangeven van de beweegredenen van de rechter om tot een bepaalde beslissing te komen, is teleurstellend te noemen. In 1909 oordeelt het Gerechtshof te 's-Gravenhage dat de beschikking waarbij herstel in de voogdij wordt geweigerd, voldoende is gemotiveerd indien zij slechts, zonder meer, heet te zijn gegrond op de overgelegde stukken en de verhoren die hebben plaatsgehad. Als tegen deze uitspraak cassatie wordt ingesteld, oordeelt de Hoge Raad *“dat niet een naar verzoeksters oordeel onvoldoende motiveering, maar alleen volkomen gemis daarvan nietigheid tengevolge heeft.*”<sup>135</sup> Uit deze uitspraak blijkt dat, ook al heeft de Novelle in artikel 374d lid 2 BW weer in het bijzonder bepaald dat de beschikkingen met redenen omkleed moeten zijn, de mate waarin de rechter dit moet doen aan elke wettelijke controle ontsnapt. Het lijkt niet haalbaar om aan de wens van deugdelijk gemotiveerde beschikkingen te voldoen, ook al is dit nog eens uitdrukkelijk in de wet opgenomen.<sup>136</sup> Een verwijzing door de rechter naar de verhoren en de stukken is al voldoende om te hebben voldaan aan de motiveringsplicht. Later zal blijken dat de eisen aan een rechterlijke motivering zoals die uit de jurisprudentie voortvloeien tot op heden minimaal zijn gebleven. Op deze manier zal een motiveringsplicht niet het resultaat hebben dat de beoordelingsvrijheid van de rechter kan worden gecontroleerd en inzicht kan worden verkregen in de feitelijke toepassing van de rechtsgronden die tot ingrijpen in het gezin leiden, waardoor een rechterlijke concrete rechtvaardiging

133 Het tweede lid van artikel 374d stelde oorspronkelijk dat *“de beschikking in het openbaar wordt uitgesproken...”*; dit is gewijzigd in *“de met redenen omklede beschikking wordt binnen 14 dagen in het openbaar uitgesproken”*; zie De Vries en Van Tricht deel 1 (1903) en deel 3 (1910).

134 Zie de MvT bij de Novelle wet van 27 september 1909, De Vries en Van Tricht deel 3 (1910), p. 142 e.v.

135 Rb. en Gerechtshof 's-Gravenhage, resp. 26 mei 1909 en 20 september 1909, en HR 29 september 1909, TKw deel 4, p. 15 e.v. De HR blijft tot op heden minimale motiveringseisen voorstaan; zie uitgebreid hfst. 8.

136 Zou Van Engelen (1908) gelijk hebben waar hij naar aanleiding van de Novelle op de civiele Kinderwetten zegt: *“Ik vrees dat het motiveeren -afgezien van bepaalde juridieke punten, bijv. onbevoegdheid, die als van zelf worden gemotiveerd- zal leiden tot het opnemen van eenige vaste, gedrukt in de imprimés voorkomende, formules”*?

kan worden geboden aan betrokkenen bij een maatregel. Ook al is duidelijk geworden dat de rechter over het algemeen een strikte toepassing van de wet nastreeft, waarbij hij niet teveel gebruik wil of durft te maken van de vrijheid die hem is gegeven, hij kan nauwelijks gecontroleerd worden door een hogere rechter. Verder leidt het gebrek aan een duidelijke rechterlijke motivering ertoe dat in de beschikking niet kenbaar wordt gemaakt welke feiten een ontheffing of ontzetting noodzakelijk maken. De ruim opgestelde toepassingsgronden van de kinderschermingsmaatregelen blijven zo even ruim en open als zij al waren. De rechter ziet zich niet voor de taak gesteld om al te veel te bepalen wanneer nu precies tot overheidsingrijpen in het gezin moet worden overgegaan en beperkt zich meestal tot een feitelijke beoordeling van de omstandigheden van het geval. Door gebrek aan voldoende motivering blijft onduidelijk wanneer een bepaalde situatie aanleiding geeft tot het ingrijpen in de ouderlijke macht. Tenslotte ontbreekt in de uitspraken een rechterlijke overweging over hetgeen in concreto met de opgelegde maatregel bereikt moet worden. De doelstellingen van de opgelegde maatregelen worden door de rechter niet geëxpliciteerd en blijven onduidelijk.

## 2.8 Conclusie

Aan het eind van de negentiende eeuw wordt de vraag naar de mogelijkheid tot wettelijke bescherming van verwaarloosde kinderen steeds groter. Onder invloed van buitenlandse wetgeving die direct overheidsingrijpen in het gezin ter bescherming van het kind mogelijk maakt door een beperking of ontneming van de ouderlijke macht, wordt in Nederland een wetsvoorstel ingediend tot ontneming van de ouderlijke macht door toepassing van de civielrechtelijke maatregelen ontheffing en ontzetting en de tijdelijke maatregel van schorsing in de uitoefening van de ouderlijke macht en voorlopige toevertrouwing van de kinderen. Een ouder die is ontheven of ontzet kan aan de rechter verzoeken om in de ouderlijke macht of voogdij te worden hersteld. Ook de nieuw ingevoerde Voogdijraad en het OM kunnen verzoeken om respectievelijk vorderen tot herstel.

De ontheffing van de ouderlijke macht kan alleen worden uitgesproken op verzoek van de Voogdijraad of op vordering van het OM. De ontzetting kan worden uitgesproken op verzoek van de Voogdijraad, de andere ouder die de ouderlijke macht heeft, de bloed- of aanverwanten tot de vierde graad of op vordering van het OM. Ouders kunnen niet zelf verzoeken om van de ouderlijke macht te worden ontheven of uit de ouderlijke macht te worden ontzet. Als reden wordt aangevoerd dat ouders niet zelfstandig afstand mogen doen van hun verplichting tot verzorging en opvoeding van hun kinderen en dat de mogelijkheid tot het indienen van een verzoek om zelf te worden ontheven of ontzet misbruik van de ontheffingsmaatregel in de hand zou kunnen werken.

Hoewel de Kinderwetten (behalve de civiele Kinderwet ook een strafrechtelijke en administratiefrechtelijke Kinderwet) in 1901 in het Staatsblad verschijnen, treden ze pas op 1 december 1905 in werking. De (tijdelijke) ontzetting uit de ouderlijke macht als bijkomende straf, zoals dit is geregeld in het WvSr, verval.

Door het toepassen van een maatregel van kinderscherming kan de ouderlijke macht worden ontnomen. Bij de totstandkoming van de Kinderwetten is

dan ook uitvoerig gediscussieerd over het karakter van de ouderlijke macht: is dit vooral een recht van ouders, zoals dat voortvloeit uit het Romeinse rechtsstelsel, of is dit primair een plicht van ouders, zoals dat afgeleid kan worden uit het Germaanse rechtsstelsel? Bij het benadrukken van de ouderlijke macht als recht zal de rechtvaardiging van de inbreuk op dit recht vooral gericht zijn op de verwijtbaarheid van het gedrag of het falen van ouders, terwijl de tweede zienswijze juist als rechtvaardiging de bescherming van het kind centraal stelt zonder dat het ouderlijk gedrag beoordeeld zal worden. Rond de voorlaatste eeuwwisseling is nog sprake van een vrijwel absolute zienswijze van de ouderlijke macht als ofwel een recht dat ouders toekomt, ofwel een plicht van ouders ten opzichte van hun kinderen. Uit de civiele Kinderwet valt een lichte voorkeur te bespeuren voor de ouderlijke macht als plicht die kan worden ontnomen ter bescherming van het kind, al is de gedachte van de ouderlijke macht als recht nog niet geheel verdwenen; pas als aan strikte gronden is voldaan kunnen ouders worden ontzet, terwijl de ontheffing slechts met toestemming van ouders kan worden uitgesproken.

Zowel uit de juridische literatuur als uit de parlementaire geschiedenis is een aantal doelstellingen van meer praktische aard af te leiden die bij de invoering van de civiele maatregelen van kinderscherming van invloed zijn geweest. De particuliere instellingen die hulp bieden aan verlaten kinderen wordt meer zekerheid geboden bij het bieden van hulpverlening door de wettelijke invoering van de maatregelen, want ouders kunnen nu niet langer hun kinderen opeisen als zij zijn ontheven of ontzet. Het kwam namelijk voor dat ouders die zich geruime tijd niet hadden bekommerd om hun kind dat in een particuliere instelling opgroeide, ineens het kind wilden terughalen, waardoor de hulpverlening moest worden stopgezet. Ook is het tegengaan van jeugdcriminaliteit een belangrijke reden voor de invoering van de maatregelen van kinderscherming. Als kinderen maar vroeg genoeg hulp kan worden geboden, zullen zij niet verder ontsporen en in de criminaliteit belanden. Zij kunnen dan tot goede staatsburgers worden opgevoed. Deze opvatting was gedachtengoed aan het eind van de negentiende eeuw.

De belangrijkste doelstelling van de invoering van de ontnemingsmaatregelen is toch wel het beschermen van kinderen als ouders niet in staat zijn tot het bieden van een voldoende geschikte verzorging en opvoeding. Hierbij wordt als operationalisatie van deze doelstelling de scheiding van ouders en minderjarigen voor ogen gestaan, zodat minderjarigen beschermd kunnen worden. Er wordt in de discussie over de doelstellingen van de overheidsinterventie in het gezin overigens geen onderscheid gemaakt tussen de doelstellingen van ontheffing en ontzetting, ook al zijn de rechtsgronden voor de beide maatregelen verschillend.

In de praktijk blijkt dat de maatregelen, die een absoluut karakter hebben, ook zo worden toegepast. Herstel in de ouderlijke macht wordt nauwelijks verzocht dan wel gevorderd en uitgesproken, en er wordt weinig tot geen aandacht geschonken aan contact tussen ouders die zijn ontheven of ontzet en hun kind. Het systeem van kinderschermingsmaatregelen blijkt in de praktijk dan ook te absoluut en te rigide te zijn. Een keuze tussen het ontnemen van de ouderlijke macht of het niet ingrijpen in het gezin is niet altijd bevredigend, vooral als de ontneming van het gezag een te grote inbreuk is in verhouding tot het beoogde resultaat om de gezinssituatie te verbeteren. Verder kunnen de gronden van de maatregelen ontheffing en ontzetting niet altijd worden toegepast waar dat

gewenst zou zijn. Als bijvoorbeeld één ouder wordt ontzet, terwijl de andere ouder als voogd de ouderlijke macht behoudt, heeft de ontzetting geen resultaat als de ouders blijven samenwonen. In die gevallen kan de doelstelling van de ontzetting tot feitelijke verandering in de opvoedingssituatie niet worden veranderd zo lang er niet voldoende grond is om de andere ouder te ontzetten en deze geen toestemming geeft tot ontheffing.

De rechtsgronden voor ontheffing en ontzetting verschillen van karakter. De ontheffing kan worden uitgesproken als de ouder *'ongeschikt of onmachtig'* is zijn plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen en hiermee zelf instemt. Een ontzetting kan worden uitgesproken zonder toestemming van ouders op grond van misbruik van de ouderlijke macht of grove verwaarlozing van de verplichting tot onderhoud en opvoeding van het kind, slecht levensgedrag, een onherroepelijke veroordeling van twee jaar of langer of een onherroepelijke veroordeling wegens een misdrijf gepleegd tegen of met de minderjarige. Bij de ontzetting gaat het om verwijtbaar gedrag van ouders; dit is een wezenlijk verschil met de ontheffing.

Zowel de rechtsgrond voor ontheffing als die voor ontzetting is wettelijk aangevuld met een belang-clausule. Een ouder kan worden ontheven als het belang van de kinderen zich niet tegen die ontheffing verzet, terwijl een ouder kan worden ontzet als het belang van de kinderen dit noodzakelijk vordert. Dit houdt de waarborg in dat de maatregel pas kan worden uitgesproken indien ook aan het belang-criterium is voldaan. Hierbij geldt een zwaardere belang-clausule voor de ontzettingsmaatregel.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat uitdrukkelijk is gesproken over de formulering van de rechtsgronden. Hoewel sommigen van mening zijn dat de rechtsgronden zo concreet mogelijk dienen te worden geformuleerd, is de wetgever van mening dat er ruimte moet zijn voor de rechter om in concreto te bepalen wat bijvoorbeeld slecht levensgedrag of verwaarlozing is en wanneer een ouder ongeschikt en onmachtig is. Het is de taak van de rechter om grenzen te stellen. De rechter wordt bij de toepassing van de kindbeschermingsmaatregelen door de wetgever een grote mate van beoordelingsvrijheid toegekend. Dit betekent dat de wetgever geen duidelijke rechtvaardiging biedt door het zo concreet mogelijk formuleren van rechtsgronden voor de maatregelen. Ook wordt in de parlementaire geschiedenis geen duidelijke indicatie gegeven hoe de rechtsgronden door de rechter moeten worden toegepast en ingevuld. Integendeel, de wetgever kiest er bewust voor om de rechtsgronden ruim te houden en het zodoende aan de rechter over te laten om de precieze inhoud van de rechtsgronden te bepalen.

In de praktijk blijkt dan ook dat tijdens de eerste jaren na de inwerkingtreding van de Kinderwetten de rechters nog heel verschillend omgaan met de maatregelen. Het is opmerkelijk dat vaker een ontzetting dan een ontheffing wordt uitgesproken. Er bestaat onduidelijkheid over de vraag of het bij de toepassing van het criterium verwaarlozing moet gaan om objectieve of om subjectieve verwaarlozing. De rechters lijken huiverig om al te veel ruimte te nemen bij de interpretatie van de rechtsgronden; slechts subjectieve verwaarlozing kan dan ook tot een ontzetting leiden. Verder blijkt dat bij de toepassing van de maatregelen nauwelijks wordt gesproken over het belang van het kind; alle aandacht gaat naar het gedrag van ouders dat een maatregel noodzakelijk maakt.

Juist omdat de rechter van de wetgever impliciet de taak heeft gekregen om de rechtsgronden inhoud te geven en zodoende de grenzen te trekken voor het wel of niet opleggen van een maatregel, is het van belang dat de rechterlijke beslissingen voldoende worden gemotiveerd ter concrete rechtvaardiging van de overheidsinterventie in het gezinsleven. Al snel na de invoering van de Kinderwetten blijkt de rechterlijke motivering slechts minimaal te zijn en veelal te bestaan uit enkele standaardoverwegingen. De wetgever besluit dan ook om de rechterlijke motiveringsplicht aan te scherpen bij de wijziging van de Kinderwetten in 1909. De wettelijk niet duidelijk omschreven situaties waarin een maatregel kan worden uitgesproken dienen door de rechters helder te worden omschreven, zodat duidelijk wordt wanneer er voldoende grond is voor een maatregel en wanneer er niet langer voldoende grond is om een maatregel te laten voortduren. Juist vanwege het gebrek aan duidelijke wettelijke rechtvaardiging is de wetgever van mening dat de rechter door middel van een deugdelijke motivering rechtvaardiging van de overheidsinterventie in het gezinsleven kan bieden. De rechterlijke macht staat na de wetswijziging echter geen verandering voor wat betreft de motivering van beschikkingen en de Hoge Raad oordeelt dat een standaardmotivering voldoende is om aan de wettelijke motiveringsplicht te voldoen. De wetswijziging leidt in de praktijk dan ook niet tot een meer uitgebreide rechterlijke motivering van maatregelen van kinderbescherming.

Tenslotte blijkt men in de praktijk op zoek te gaan naar minder ingrijpende maatregelen ter bescherming van de minderjarige en naar een ruimere toepassing van de maatregelen (bijvoorbeeld een ontheffing van de ouder wiens partner is ontzet), al worden deze verzoeken niet altijd door een rechter toegewezen. De ontheffing en ontzetting zijn in sommige gevallen te absoluut van karakter en de gronden zijn niet voldoende flexibel om het kind in een bedreigende situatie te beschermen. De tijd lijkt rijp voor een lichtere maatregel van kinderbescherming. Het zal dan ook niet lang duren voordat een wetsvoorstel wordt ingediend ter invoering van de OTS, waarbij niet het gedrag van ouders, maar de bedreiging van het kind de grond voor overheidsinterventie is en de ouderlijke macht niet ontnomen, maar slechts beperkt kan worden.

### 3 Invoering en toepassing van de OTS

#### 3.1 Inleiding

Bij de toepassing van de Kinderwetten, bedoeld om te kunnen ingrijpen in gezinnen waar het kind bescherming verdient, blijkt niet in alle situaties een adequate oplossing te kunnen worden bewerkstelligd binnen het gezin. In de praktijk wordt naar andere oplossingen gezocht om zodoende minder radicaal in te grijpen in het gezin en hulp te bieden. Zo pogen de Voogdijraden en de verenigingen Pro Juventute preventief te werk te gaan waar dit mogelijk is. Deze praktijk is op geen enkele wet of regeling gebaseerd, maar ontstaat door een vraag vanuit de maatschappij. Ook worden rechterlijke uitspraken uitgelokt over gedwongen ontheffing, daar waar de andere ouder ontzet is, om aldus daadwerkelijk resultaat te boeken bij dergelijk ingrijpen in het gezin. De rechterlijke macht houdt zich echter aan een strikte toepassing van de wet.

Gedurende het eerste decennium na de inwerkingtreding van de Kinderwetten worden vanuit de praktijk nieuwe methoden gecreëerd om te kunnen beantwoorden aan de vraag naar hulp en begeleiding van gezinnen zonder direct de ouders te ontheffen van of te ontzetten uit de ouderlijke macht. Langzaam wordt het zoeken naar nieuwe mogelijkheden ook punt van discussie in de juridische literatuur en vinden bijeenkomsten plaats waar over dit onderwerp gesproken wordt. Ook komen buitenlandse ontwikkelingen ter sprake, waar eenzelfde stem opgaat om de kinderbeschermingsmaatregelen aan te passen aan de behoefte vanuit de maatschappij. Hierbij zou een speciale kinderrechter veel efficiënter en kundiger kunnen omgaan met zogenaamde ‘kinderzaken’; het kind zou een eigen wijze van berechting verdienen waarbij niet zozeer bestraffing als wel opvoeding centraal dient te staan. Strafrechtelijk en civielrechtelijk ingrijpen dient om de huidige en toekomstige misdaad in de samenleving tegen te gaan. Een speciaal opgeleide kinderrechter zou deskundig met deze problemen kunnen omgaan, zou kind en gezin kunnen volgen en zou hun leven in goede banen kunnen leiden. Deze ontwikkelingen leiden er uiteindelijk toe dat ruim vijftien jaar na de inwerkingtreding van de Kinderwetten een nieuw wetsontwerp met als uitgangspunt het beschermen van kind en maatschappij wordt ingediend.

#### 3.2 Zoeken naar minder vergaande maatregelen

##### 3.2.1 Preventief werk door de Voogdijraden

De in 1905 wettelijk ingevoerde kinderbeschermingsmaatregelen tot ontheffing en ontzetting zijn radicaal van karakter: als wordt ingegrepen in de ouderlijke macht, dan lijkt een totale scheiding tussen ouder en kind noodzakelijk en is geen sprake meer van enig contact. “*Het was alles of niets, of totale ontneming van het ouderlijk gezag of het met spijt toezien hoe zich een ongunstig gezinsleven tot ernstige verwaarlozing ontwikkelen zou.*”<sup>1</sup> Zo kan bij ongeschiktheid of onmacht

---

1 Donker in zijn toespraak gehouden ter herdenking van de gouden kinderwetten op 1 december 1955. Zie hierover ook De Bie (1930).



van de ouders om hun kind op te voeden pas de ouderlijke macht worden ontnomen, als de ouder daarmee instemt. Verzet een ouder zich tegen een ontheffing en zijn geen gronden voor een ontzetting aanwezig, dan kan de wet, ook al heeft het kind duidelijk bescherming nodig, geen hulp bieden.<sup>2</sup> Deze regeling van uitersten, van volledig ingrijpen of niets kunnen doen, leidt er in de praktijk toe dat naar andere oplossingen wordt gezocht.

Door de Voogdijraden wordt wel preventief ingegrepen, zodat men niet tot het toepassen van de meer radicale maatregelen hoeft over te gaan. De preventieve werking van het instituut ontzetting door de Voogdijraden leidt ertoe dat niet altijd de ouderlijke macht wordt ontnomen waar dat eerst wel noodzakelijk leek. Tijdens de ontzettingsprocedure verbeteren meerdere ouders hun gedrag tegenover de kinderen aanmerkelijk.<sup>3</sup> Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit de uitspraak van de Rechtbank Dordrecht van 29 april 1908; het enkel optreden van de Voogdijraad heeft een verbetering van het gedrag van de ouders tegenover hun kinderen ten gevolge. *“De ouders zijn zich eerst sedert de bemoeiingen van den voogdijraad beter van hunne verplichtingen gaan kwijten.”*<sup>4</sup>

Behalve de dreiging die uitgaat van een ontzetting, kan de Voogdijraad ook zelf preventief optreden. De preventieve werkzaamheid kan zowel bestaan uit een waarschuwing aan de ouders *“wier nalatigheid nog niet zoodanige afmeting heeft aangenomen dat ontzetting vereischt is en op wie een ernstige vermaning nog invloed kan oefenen, alsook uit de waarschuwing van minderjarigen te wier aanzien het ouderlijk gezag de versterking behoeft, bestaande in de berisping door een derde -de voogdijraad- van wien de minderjarige weet dat ernstiger maatregel, tuchtschool of gestichtsplaatting door den berisper kan worden uitgelokt.”*<sup>5</sup> In bepaalde gevallen wordt door een Voogdijraad een berisping aan de ouders toegediend. Dit heeft vaak een afschrikwekkende werking met betrekking tot de maatregelen die opgelegd zouden kunnen worden. De Voogdijraad Arnhem heeft het toedienen van een berisping als stelsel aangenomen. Dit systeem werkt als volgt: *“Alvorens een zaak aan het oordeel van den voltalligen Raad wordt onderworpen, wordt zij onderzocht door de betrokken commissie van onderzoek, welke een rapport met advies uitbrengt... Blijkt nu den voltalligen Raad na beraadslaging over het rapport der commissie, dat de verhouding tusschen ouders en kinderen veel te wenschen overlaat, doch aarzelt hij vooralsnog om den band te verbreken, dan draagt hij aan de commissie op, de betrokken ouders of voogden in hare eerstvolgende vergadering op te roepen, en hen te waarschuwen voor de gevolgen van de feiten of omstandigheden, die ter kennis der commissie kwamen. Deze vermaning op eenigszins plechtige en toch gemoedelijke wijze toegediend, sloeg telkenmale dat zij plaats had, merkbaar in. Zij heeft daarbij tweëerlei nut: eerstens verwekt het uitzicht op eene mogelijke ontzetting en de schande daarvan een heilzamen schrik onder de schuldigen, en tweedens versterkt zij in niet geringe*

---

2 Overwater (1930) zegt hierover dat dit een duidelijk voorbeeld was hoezeer de wet het stempel van een compromis droeg. Men liet wel toe de ouderlijke macht te beperken, men wilde wel grenzen gesteld zien aan de onaantastbaarheid daarvan, doch ingrijpen wenste men toch slechts wanneer ten aanzien van elk kind door de rechter de onontkoombare noodzaak daarvan werd aangetoond. De gedachte dat de ouderlijke macht een sociale functie is, wordt van meet af aan geremd door een andere hoofdgedachte van de Kinderwetten: de zorg voor het kind dient bij voorkeur slechts in de handen van de ouders te blijven en op die natuurlijke verhouding dient slechts in gevallen van strikte noodzaak inbreuk te worden gemaakt.

3 Volgens de redactie van de TKw vaak met blijvend resultaat; TKw deel 3, p. 99-105.

4 Rb. Dordrecht 29 april 1908, TKw deel 3, p. 7 e.v.

5 Zie Schadee in de TKw deel 3, p. 63-76.

*mate de positie van den eischenden Voogdijraad, wanneer het later, ondanks de berisping, toch tot eene procedure moet komen, doordat hij alsdan de mislukte poging tot verbetering in den toestand, met recht, als grond voor zijn verzoek kan aanvoeren. De bij de waarschuwing gevoegde mededeeling dat een van de leden van den Raad zich van den gang van zaken in het gezin op de hoogte zal blijven houden, werkt ook mede om het gewenschte resultaat te bereiken.”*<sup>6</sup> Door een stelsel van berispingen toe te passen, voorkomt de Voogdijraad vaak een ontneming van het ouderlijk gezag. Een waarschuwing van de Voogdijraad schrikt de ouders af vanwege de dreiging van het eventueel indienen van een verzoek tot ontheffing of ontzetting bij de rechter. Het leidt tot het beoogde resultaat, namelijk dat ouders na het krijgen van een waarschuwing hun handelingen of nalaten op zodanige wijze veranderen, dat de dreiging van een maatregel wordt afgewend.<sup>7</sup>

### 3.2.2 *Pro Juventute en de ambtenaren voor de Kinderwetten*

Behalve de Voogdijraden is nog een andere instantie actief in het preventief werk, namelijk Pro Juventute. De verenigingen Pro Juventute zijn naast andere verenigingen en instellingen een zeer belangrijke keten in de uitvoering van de Kinderwetten. De oudste vereniging Pro Juventute is opgericht in 1896.<sup>8</sup> Ze is in eerste instantie vooral gericht op voorkoming en bestrijding van de jeugd-criminaliteit door rechtsbijstand voor jeugdige misdadigers te organiseren en als reclasseringsorgaan te functioneren voor jeugdige misdadigers of wie gevaar lopen dit te worden. De vereniging houdt zich voornamelijk met toezicht en steun bezig, het zogenaamde patronaat. In 1900 richtten alle verenigingen Pro Juventute het Nederlands Verbond der Vereenigingen Pro Juventute op; gelijke belangen kunnen nu samen behartigd worden. De werkdruk wordt steeds hoger en langzaam ontstaat er behoefte aan een betaalde ambtenaar. Van Hamel brengt in 1907 voor het eerst het denkbeeld naar voren om naar Engels en Amerikaans voorbeeld ook in Nederland een ‘*probation officer*’ aan te stellen, een ‘ambtenaar voor de Kinderwetten.’ De eerste ambtenaar voor de kinderkwetten wordt op 1 september 1908 voorlopig bij Pro Juventute in Amsterdam aangesteld; dit betekent het begin van het deskundige onderzoek naar de persoonlijkheid en de levensomstandig-

6 Verslag van de secretaris van de Voogdijraad Arnhem, Everts, n.a.v. een verzoek van de redactie van de Toepassing der Kinderwetten om nadere informatie over het stelsel van berisping; TKw deel 1, p. 136.

7 Schadee stelt met betrekking tot financiële verwaarlozing de vraag of “...het niet beter zou zijn iets vroeger te helpen met ontheffing?... Men herinnere zich den oorsprong van het instituut der ontheffing. Enkel gelegen in den wensch onmogelijk te maken dat een ouder ten allen tijde -veelal ten ontijde- zijn kind terug kan nemen uit behoorlijke verpleging door een vereeniging. Meer niet. Schrijver dezes heeft altijd betreurd dat de wetgever tot keering van bedoeld gevaar (financiële verwaarlozing; MB) niet eenvoudiger middel koos dan het algeheel doorsnijden van den ouderlijken band. Zou met de eenvoudige bepaling dat verplegingsovereenkomsten onder rechterlijke bekrachtiging gesloten niet zonder gelijke bekrachtiging kunnen worden ontbonden niet reeds bereikt zijn datgene waartoe men thans het ‘paardenmiddel’ -ontneming van alle gezag- heeft ingevoerd?” Ook hij wenst dus een minder ingrijpende oplossing dan de definitieve maatregelen van ontheffing en ontzetting; zie TKw deel 3, p. 63-76.

8 Als doel der vereniging wordt in de statuten genoemd:

1. Bestrijding van de criminaliteit van jeugdige personen in het arrondissement Amsterdam en bestudeering van alle daarmee samenhangende toestanden en vraagstukken.
2. Duurzame verzorging in en buiten gestichten van minderjarigen, wier handelingen hebben geleid of gevaar lopen te leiden tot strafrechtelijk onderzoek of vervolging.

Zie Besier (1930).

heden van jeugdige verdachten.<sup>9</sup> De taak van de ambtenaren is aanvankelijk uitsluitend op het toezicht gericht. Langzaam doet zich in de loop der jaren steeds meer de behoefte voelen aan voorlichting van de rechter en de Voogdijraad door de ambtenaren.

De ambtenaren verrichten hun werk onder leiding van een speciale commissie, door wie zij ook worden benoemd en ontslagen. De Officier van Justitie vormt samen met de voorzitters van de Voogdijraad en van Pro Juventute deze commissie. De ambtenaren worden door Pro Juventute via een regeringssubsidie betaald.

Hoewel de Voogdijraden slechts zijdelings betrokken zijn bij het werk van de ambtenaren voor de Kinderwetten, is wel sprake van onderling contact. Ook vanuit strafrechtelijke hoek wordt derhalve gezocht naar minder ingrijpende maatregelen en naar preventief ingrijpen. De ambtenaren voor de Kinderwetten nemen deze taak via Pro Juventute op zich. De Voogdijraden zien dat behalve hun eigen preventief optreden ook vanuit het strafrecht voor jeugdigen preventief wordt opgetreden met behulp van een *probation officer*. Deze gedachte komt zoals gezegd vanuit Amerika en Engeland naar Nederland. Zowel de civiele als de strafrechtelijke Kinderwet schiet blijkbaar in bepaald opzicht tekort, doordat geen mogelijkheden bestaan om preventief in het gezin te interveniëren en zo erger te voorkomen. Daarom ontstaat vanuit de samenleving preventief werk om gezin en kind te steunen en toezicht te houden, waarbij uiteindelijk wordt nagestreefd om dieper ingrijpen in het gezin te voorkomen.

### 3.2.3 Samenwerking tussen Armenzorg en Voogdijraden

Objectieve verwaarlozing wordt niet altijd als voldoende grond geacht waarmee ouders van de ouderlijke macht ontheven kunnen worden. Ook bestaat er geen wettelijke mogelijkheid tot gedwongen ontheffing van de ouderlijke macht. Om toch iets te kunnen doen in situaties waar wel degelijk sprake is van verwaarlozing van het kind zonder dat sprake is van schuld van de ouders, wordt naar een andere mogelijkheid gezocht. Men denkt door een meer intensieve samenwerking tussen Armenzorg en Voogdijraden te bewerkstelligen dat vaker en meer hulp aan gezinnen kan worden geboden en dat vaker voorkomen kan worden dat ouders ontheven of ontzet worden. In 1916 worden twee preadviezen aangeboden aan de Nederlandse Vereniging voor Armenzorg en Weldadigheid, waarin deze samenwerking nader wordt uitgewerkt.

Hoewel na de totstandkoming van de Kinderwetten door sommigen gedacht wordt dat het verwaarloosde kind niet langer door de Armenzorg dient te worden geholpen, is het juist van belang dat Armenzorg en Voogdijraden die de Kinderwetten toepassen complementair werken. *“De Kinderwetten hebben dus de zorg voor het verwaarloosde kind niet aan de armenzorg willen onttrekken, maar zij hebben integendeel die zorg aan de weldadigheid in grotere volheid geschonken... Zij die dan ook... tusschen armenzorg en kinderbescherming, voor zoverre daarbij de Voogdijraad te pas komt, een essentieel verschil, ja zelfs een principieele tegenstelling zien, vergissen zich. De Voogdijraad, voor zooverre hij zich niet ertoe bepaalt, één der ouders te ontheffen of te ontzetten, of de zorg aan familieleden over te dragen, doet niet anders dan, door overdracht van macht, te*

---

9 Zie Overwater (1949a) en Wegerif (1955).

*zorgen, dat de arbeid van de armenzorg meer vruchtdragend en omvangrijker kan zijn.*<sup>10</sup>

Een doelbewuste samenwerking tussen Armenzorg en Voogdijraad dient ertoe de ontheffing en de ontzetting, indien maar enigszins mogelijk, te voorkomen. De redenen waarom ontheffing en ontzetting voorkomen dienen te worden liggen volgens Van Vuuren voor de hand: *“de ontzette en ontheven ouders, en de kinderen, aan hun macht te onttrekken, zijn uit den aard der zaak personen met een weinig ontwikkeld verantwoordelijkheidsgevoel en hun een zwakken wil. Indien men hen helpen wil, moet men allereerst hun verantwoordelijkheidsgevoel en hun wil sterk maken. De ontzetting en de ontheffing hebben in den regel voor ouders en kinderen beiden de tegenovergestelde uitwerking... De samenwerking tusschen armenzorg en voogdijraad moet er dus op uit zijn de ontzetting of de ontheffing te beperken, kan het zijn, onnoodig te maken.”*<sup>11</sup>

Behalve het voorkomen van ontheffingen en ontzettingen, heeft de Armenzorg ook nog een belangrijke taak als het voorkomen van een maatregel niet is gelukt. Zij dient dan door samenwerking met de Voogdijraad tijdens een ontheffing of ontzetting hulp te bieden aan het gezin en daardoor de gezinsinterventie vruchtbaar te doen zijn. Na de ontheffing of ontzetting kan zij pogen de beste verzorging te verzekeren door de ouders en kinderen te helpen. Onderling overleg en wederzijds hulpbetoon tussen Armenzorg en Voogdijraden kunnen zodoende leiden tot een beter systeem van kinderbescherming waarbij kind en ouders niet enkel van elkaar worden gescheiden, maar waar daadwerkelijk gepoogd wordt door zo weinig mogelijk ingrijpen en het bieden van passende hulp de radicale maatregelen ontheffing en ontzetting te voorkomen of zo snel mogelijk op te heffen.

De voorstellen tot een meer doelbewuste samenwerking worden positief ontvangen<sup>12</sup> en geven aanleiding tot onder andere het uitbrengen van een circulaire in Amsterdam aan de armenverzorgende instellingen.<sup>13</sup> Ook in Den Haag leidt het samenwerkingsoverleg tot het uitbrengen van het *‘Rapport der Commissie uit den Armenraad en uit de Voogdijraden tot onderzoek van het vraagstuk der samenwerking tusschen de voogdijraden en de instellingen voor armenverzorging.’* Eén van de aanbevelingen is dat, *“ten einde te kunnen bereiken het toezicht in gezinnen waar de kinderen met verwaarlozing worden bedreigd, worde gestreefd naar geregelde arbeid van gezinsvoogden en wel door een ruimer gebruik te maken van het werk der ambtenaren voor de Kinderwetten en door vanwege den Voogdijraad eene aanstelling als zijn Agent te verleen aan armenverzorger, die zich belasten met de ondersteuning van een gezin waar voor kinderverwaarlozing vrees bestaat.”*<sup>14</sup>

---

10 Van Vuuren (1916), p. 6

11 Van Vuuren (1916), p. 14.

12 Zo wordt dit duidelijk gemaakt op de algemene vergadering van de Nederlandsche Vereeniging voor Armenzorg en Weldadigheid te Amsterdam nr. 9, gehouden op 29 en 30 juni 1916.

13 Circulaire van de Armenraad Amsterdam februari 1917, ‘Samenwerking tusschen Armenzorg en Voogdijraden’, gepubliceerd in TAK 1917, jrg. 18, p. 3-4; deze circulaire werd gezonden aan de armenverzorgende instellingen en benadrukt het belang van een doelbewuste samenwerking met de Voogdijraad en de belangrijke taak die de Armenzorg heeft te vervullen inzake kinderbescherming.

14 Zie voor de tekst van het rapport TAK 1918, jrg. 19, p. 229-234. Zie voor een uitvoerige behandeling van het rapport ook Doek (1972), p. 33 e.v., die dit rapport als de directe aanleiding beschouwt tot een ontwikkeling die rechtstreeks voert naar de indiening van het nieuwe wetsontwerp. Snoeck Henckemans ziet dit ook, zo blijkt uit de parlementaire behandeling van de nieuwe OTS-wet in 1922, als de onmiddellijke aanleiding tot de totstandkoming van het wetsontwerp.

Het doel van een meer doelbewuste en intensieve samenwerking tussen Armenzorg en Voogdijraad is aldus te voorkomen dat ontzetting of ontheffing wordt uitgesproken en meer passende hulp aan gezinnen te bieden. Door minder ingrijpend hulp te bieden in plaats van ouders en kind volledig te scheiden denkt men betere resultaten te boeken en het gezin er bovenop te kunnen helpen. Gewezen wordt op het belang van hulp aan het gezin, ook als eenmaal een ontzetting of ontheffing is uitgesproken en ook als het kind na herstel van de ouderlijke macht weer bij de ouders komt wonen. Dat dit zowel voor de ouders als het kind van meer belang is dan het enkel scheiden van ouders en kinderen door een ontneming van de ouderlijke macht, lijkt door het veelvuldig overleg over een samenwerking tussen Armenzorg en Voogdijraad bij gevallen van een (dreigende) ontheffing en ontzetting te worden erkend. De wetgever dient echter van deze opvatting nog doordrongen te raken.

### 3.3 Buitenlandse ontwikkelingen

#### 3.3.1 Kinderrechtbanken

Ook in het buitenland staan de ontwikkelingen niet stil; in de Verenigde Staten en verschillende landen in Noord-Europa ontstaan wetten die de invoering van speciale kinderrechtbanken regelen. Al in 1899 wordt in Illinois in de Verenigde Staten de eerste kinderrechtbank ingesteld. In 1906 zijn in de Verenigde Staten reeds in 24 staten speciale kinderrechtbanken ingesteld; elk kind die voor de rechter moet komen, dient voor een deskundige kinderrechter te verschijnen.<sup>15</sup> Zowel wetsovertreders als kinderen, van wie de toestand en het gedrag zodanig zijn, dat zij dreigen wetsovertreders te worden, wil men voor een speciale kinderrechter brengen.<sup>16</sup> De Belgische wet '*sur la protection de l'enfance*' van 15 mei 1912 heeft als Europese wet het meest onder invloed gestaan van het Amerikaanse voorbeeld. Deze wet behandelt niet alleen de invoering van kinderrechtbanken, maar de gehele kinderbescherming.<sup>17</sup> In Frankrijk, Duitsland en Engeland vindt men in de wetten niet zozeer legislatieve veranderingen inzake kinderberechting, maar elk van deze landen heeft in de praktijk wel een systeem van speciale berechting ingevoerd.

In Nederland worden deze buitenlandse ontwikkelingen veelvuldig beschreven. Zo verschijnt in 1912 het proefschrift van Van Verschuer getiteld '*Kinderrechtbanken*' en in 1915 de dissertatie van Van den Bergh, '*De Belgiese Kinderwet van 1912 met de Nederlandsche vergeleken.*' De Nederlandse Bond tot Kinderbescherming neemt in 1913 het initiatief om de invoering van kinderrechtbanken

---

<sup>15</sup> Zie over deze ontwikkelingen in de Verenigde Staten Bac (1998), hfst. II.3.

<sup>16</sup> Zie het preadvies van Bosch (1917), p. 60 e.v.

<sup>17</sup> De Belgische wet gaat niet zo ver als die van sommige Amerikaanse staten. Principiële verschillen zijn dat zaken de civiele Kinderwetten betreffende bij de gewone rechter blijven (men beschouwt ontzetting uit en ontheffing van de ouderlijke macht of voogdij als in de eerste plaats de ouders [en niet de kinderen] rakende) en dat niet is gebroken met het optreden van de openbare aanklager en van de verdediger bij de kinderrechtbanken. Ook wordt het misdrijf '*contributory delinquency*' niet opgenomen in de wet. Het begrip van dit misdrijf is ontstaan door het verantwoordelijk stellen van volwassenen voor de misdadigheid van het kind. Deze uitbreiding van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid komt De Graaf het belangrijkste voor in de Amerikaanse wetten; zie het preadvies van De Graaf (1917), p. 29 e.v.

in een openbare vergadering ter sprake te brengen. Deze vergadering wordt ingeleid door Simons, die vooral zijn aandacht wijdt aan die landen, waar men met zeer geringe en niet principiële wijzigingen een praktische toepassing van de kinderrechtbanken heeft trachten tot stand te brengen, zoals Frankrijk en Duitsland. Zijn voorstel is om met een betrekkelijk eenvoudige wetswijziging een bijzondere kinderrechtspraak door één kinderrechtster in te voeren, eerst door middel van een proef in een drietal arrondissementen.<sup>18</sup> Dit voorstel heeft niet direct tot een wetswijziging geleid.

### 3.3.2 Probation

In bovengenoemde publicaties wordt niet alleen over de invoering van kinderrechtbanken gesproken, maar wordt ook veel aandacht gegeven aan de maatregel ‘*probation*’ zoals die in de Verenigde Staten tegelijk met de invoering van de kinderrechtster in de wet is opgenomen. De discussie over kinderrechtbanken is niet los te zien van deze maatregel van *probation*. “*The best results of the juvenile court are the fruits of probation, the keystone of the system*”, aldus rechter Murphy van Buffalo.<sup>19</sup>

Het doel van *probation* is het wegnemen van het dreigende gevaar als kinderen bij hun ouders blijven wanneer het niet noodzakelijk is dat zij moeten worden gescheiden. “*De probation schept een tusschentoestand, waarin het kind niet aan het ouderlijk gezag wordt onttrokken en dan ook als regel in het ouderlijk gezin blijft verkeerden, maar waarin door den rechter aan het kind een probation officer wordt toegevoegd, die op zijne gedragingen en opvoeding heeft toe te zien... hij moet het vertrouwen en de genegenheid van het kind, maar ook van de ouders trachten te winnen, want niet alleen op het kind, maar ook op de ouders moet hij zijn invloed ten goede uitoefenen, ten einde met het kind ook het gezin op te heffen en te verbeteren*”, aldus Bosch. Een andere taak van de *probation officer* is het adviseren aan de rechter tijdens het vooronderzoek om die omstandigheden aan het licht te brengen, die de rechter moet kennen om te kunnen beoordelen welke maatregel ten aanzien van het kind moet worden genomen. De *probation* is dan ook een essentieel onderdeel van het systeem van kinderrechtbanken en is het belangrijkste instrument dat een kinderrechtster kan gebruiken bij zijn beslissingen over kinderen. “*Een goed georganiseerd patronaat is bij de kinderrechtbank onmisbaar te achten; zonder de hulp der patroons zou het werk van den kinderrechtster onherroepelijk op eene mislukking uitloopen. Die hulp is bij de vervolging van jeugdige wetsovertreders noodig, niet om het bewijs der aanklacht bijeen te zoeken, die taak kan, onder de leiding van den kinderrechtster, aan dezelfde handen als thans blijven toevertrouwd, maar voor het in den regel veel moeilijker onderzoek naar al die bijzonderheden omtrent het aangeklaagde kind en zijne omgeving, welke kennis voor den rechter onmisbaar is bij het vormen van zijn oordeel over het kind en bij het vaststellen van den maatregel, die met het kind moet worden genomen. Maar hunne belangrijkste taak zal wel altijd zijn het toezicht op de onder patronaat gestelden en den daarmee noodwendig gepaard gaanden omgang met deze kinderen en de gezinnen waartoe zij behooren....*”<sup>20</sup>

---

18 Zijn inleiding ‘Kinderrechtbanken’ is gepubliceerd in Mededelingen van de NBtK, nr. 14. Simons stelt hierin voor wettelijk te bepalen dat ook strafrechtelijk kan worden ingevoerd, wat civielrechtelijk wel is toegelaten, namelijk het bestaan van enkelvoudige kamers, samengesteld uit één rechter, die door de rechtbank moet worden aangewezen.

19 Zie Bosch (1917), p. 68.

20 Zie het preadvies van Bosch (1917), p. 115 e.v.

In Nederland bestaat er in de grote steden in de praktijk ook al een soort *probation*, namelijk de voorwaardelijke niet-vervolging in strafzaken, waarbij jeugdige overtreeders onder toezicht worden gesteld van patrooms of ambtenaren. Het gaat hier om een soort voorwaardelijk toezicht. De toepassing is echter heel beperkt en de voorwaardelijke niet-vervolging is niet gebaseerd op enige wet. Dit is anders in de Verenigde Staten, waar het zelfs zo is dat de kinderrechtster zich rechtstreeks bemoeit met het eigenlijke *probation*-werk en zo zelf toezicht houdt op het betreffende kind. In de Belgische wet van 1912 is de *probation* geregeld onder de naam ‘*liberté surveillée*’; in Frankrijk bestaat dezelfde maatregel. In Engeland en Duitsland zijn ook wettelijke regelingen betreffende de *probation* opgesteld.

### 3.3.3 Ontwikkelingen in Nederland

In 1917 worden twee preadviezen betreffende de instelling van kinderrechtbanken aangeboden aan de Nederlandse Juristenvereniging. In tegenstelling tot het eerdere praktische voorstel van Simons wordt nu door beide preadviseurs een regeling beoogd zoals deze in veel staten van Amerika bestaat. De Graaf legt in zijn preadvies de nadruk op de gespecialiseerde kinderrechtster, de “*waarlijk geschikten unus judex... de meeste kans om een geschikten kinderrechtster te vinden heeft men wanneer de kinderrechtster benoemd wordt voor het leven.*”<sup>21</sup> De invoering van een *probation*-systeem wordt vooral gezien als een manier om een strafrechtelijke maatregel tot stand te brengen.<sup>22</sup>

Bosch daarentegen legt in zijn preadvies vooral de nadruk op de civielrechtelijke bescherming van kinderen door invoering van een gespecialiseerde kinderrechtster en de *probation*. “*De probation is wellicht de meest kenmerkende eigenschap der kinderrechtbanken... bij alle kinderrechtbanken wordt geen maatregel zoo gunstig beoordeeld, zooveel toegepast en levert zoo goede uitkomsten dan dit patronaat... zonder de hulp van patrooms zou het werk van den kinderrechtster onherroepelijk op eene mislukking moeten uitlopen.*”<sup>23</sup> In het preadvies wordt gesproken over de uiterste maatregel van ontzetting en wordt geconstateerd dat in veel gevallen door gebruik van deze maatregel pas te laat kan worden ingegrepen. “*Dit is eene fout. Er behoort mogelijkheid te bestaan om ook dan, wanneer de eerste verschijnselen van verwaarloozing zich voordoen, tusschenbeide te komen en met steun van het openbaar gezag, invloed uit te oefenen zoowel op de ouders als op het kind om zodoende het voortwoekeren van het kwaad te voorkomen.*”<sup>24</sup> Ook wordt gesteld dat behalve ontheffing en ontzetting een tussentoestand nodig is, zodat de band tussen ouder en kind niet noodzakelijk verbroken hoeft te worden. In dit preadvies wordt de invoering van kinderrechtbanken veel meer geplaatst in het licht van de civielrechtelijke kinderbescherming, met daarbij horende het patronaat ofwel het onder toezicht stellen van het kind, dan tot dan toe in de literatuur het geval was. De invoering van een georganiseerd patronaat lijkt niet enkel een goede mogelijkheid om misdadige kinderen een soort van voorwaardelijke straf op te leggen, maar biedt een uitgekend alternatief als kinderbeschermingsmaatregel naast de ontheffing en

---

21 De Graaf (1917), p. 42.

22 Dit blijkt ook uit het feit dat De Graaf voorstelt behalve het *probation*-systeem een gedwongen ontheffing in te voeren om preventief te kunnen optreden; hij ziet aldus het *probation*-systeem als louter strafrechtelijke maatregel.

23 Bosch (1917), p. 98.

24 Bosch (1917), p. 99.

ontzetting. Hoewel de discussie over de invoering van kinderrechtbanken begon vanuit de gedachte om de strafrechtelijke behandeling van minderjarigen te verbeteren, wordt het bijbehorende patronaat, dat in het buitenland belangrijke successen oogst, later ook dankzij het preadvies van Bosch als oplossing gezien voor het tekort aan mogelijkheden betreffende de civiele kinderbescherming. Bosch heeft dan ook een belangrijk stempel gedrukt op het uiteindelijke wetsvoorstel tot invoering van de kinderrechtbank en de OTS.

Naar aanleiding van het eerder genoemde rapport betreffende de samenwerking tussen de Armenzorg en de Voogdijraden stelt de Nederlandse Bond tot Kinderbescherming uiteindelijk een commissie in die een wetsvoorstel moet voorbereiden over nieuw te nemen maatregelen tegen misdadige kinderen, maatregelen die de misdadigheid van een kind kunnen tegengaan en de invoering van kinderrechtbanken (de zogenaamde kinderrechtbankcommissie). Ook Bosch maakt deel uit van deze commissie. Zijn voorstel houdt niet enkel een wijziging van het WvSv in, maar is een afzonderlijk wetsontwerp waarin ook het patronaat geregeld wordt. Door de andere leden van de kinderrechtbankcommissie wordt zijn voorstel goedgekeurd en uiteindelijk wordt zijn voorstel namens de commissie aan de minister van Justitie aangeboden.<sup>25</sup> Zijn invloed en eigen zienswijze zijn duidelijk bepalend geweest voor het uiteindelijke wetsontwerp. Dankzij hem heeft, behalve de strafrechtelijke vernieuwing in de wet betreffende jeugdige wetsovertreders, ook de civielrechtelijke OTS voldoende aandacht gekregen en zijn zo de problemen bij de toepassing van de kinderbeschermingsmaatregelen onder de aandacht van de wetgever gekomen.

In juli 1919 kondigt de minister van Justitie aan dat een wetsontwerp in gereedheid wordt gebracht *“tot instelling van kinderrechtbanken, tevens regelende onder-patronaatsstelling bij wijze van preventieven maatregel zoowel van strafrechtelijken als van burgerrechtelijken aard.”*<sup>26</sup> Dit gebeurt in overleg met de kinderrechtbankcommissie en Bosch. Op 18 maart 1920 wordt het ontwerp tot invoering van de kinderrechtbank en van de OTS van minderjarigen bij het parlement ingediend. Het ontwerp blijkt nauwelijks te verschillen van het wetsontwerp dat door Bosch namens de kinderrechtbankcommissie is opgesteld.<sup>27</sup>

### 3.4 De wet ter invoering van kinderrechtbanken en van de OTS

#### 3.4.1 *Het oorspronkelijk wetsontwerp*

Het ontwerp tot invoering van de kinderrechtbank en van de OTS dat begin 1920 aan de Tweede Kamer wordt aangeboden, stelt de OTS van minderjarigen centraal. In de Memorie van Toelichting wordt allereerst gesteld dat met het geldende stelsel der Kinderwetten, dat burgerrechtelijk de mogelijkheid van ontheffing van en ontzetting uit de ouderlijke macht en strafrechtelijk de gelegenheid om jeugdige personen ter beschikking van de regering te stellen biedt, het volmaakte stelsel niet

---

25 Zie Doek (1972), p. 39 e.v.

26 Brief van 18 juli 1919, in TAK 1919, jrg. 20, p. 150-151.

27 Zie voor een uitvoerige behandeling van de verschillen tussen het voorstel van Bosch en het uiteindelijke wetsontwerp Doek (1972), p. 47 e.v. In deze dissertatie wordt ook het overleg van de kinderrechtbankcommissie behandeld en is als bijlage het voorstel van Bosch opgenomen (dit voorstel was nergens anders gepubliceerd).



is bereikt. Ook al zijn hierdoor “*machtige wapens gegeven in den strijd tegen verwaarloozing en criminaliteit der jeugd... toch is het geldende stelsel een stelsel van uitersten. De rechter zal of van het nemen van eenigen maatregel, de opvoeding betreffende, moeten afzien of onmiddellijk zoo diep ingrijpen, dat de band tusschen het kind en zijn natuurlijken, door de wet als zoodanig erkenden, opvoeder vrijwel wordt verbroken. Dit laatste geschiedt zoowel door ontheffing en ontzetting, waarbij de ouderlijke macht voor dengeen, die deze tot dusver uitoefende, verloren gaat, als door de ter beschikkingstelling van de Regeering, waarbij weliswaar de ouderlijke macht theoretisch in haar geheel blijft, maar de taak der opvoeding niettemin aan de ouders wordt ontnomen.*”<sup>28</sup> Hier wordt al meteen geconstateerd dat zowel de mogelijkheid tot het direct ingrijpen in het gezin middels de civiele kinderbeschermingsmaatregelen als tot het indirect ingrijpen via het strafrecht te radicaal is en dat zowel in het burgerlijk recht als in het strafrecht geen wettelijke tussenoplossing bestaat, terwijl dit nu juist nodig is. “*Welke gedragslijn de rechter alsdan ook moge volgen, het rechtsgevoel wordt niet bevredigd, omdat onze wet niet kent een middenweg nl. de mogelijkheid, dat, met handhaving overigens van het beginsel dat de taak der opvoeding allereerst berust bij de ouders, het kind -en min of meer ook het gezin, waartoe het behoort- door de overheid onder een verstandig toezicht wordt gesteld. In deze leemte te voorzien is een der doeleinden der onderwerpelijke wetsvoordracht.*” Het onder toezicht stellen van minderjarigen, zowel in civielrechtelijk als in strafrechtelijk kader, wordt in deze Memorie van Toelichting als uitgangspunt genomen, waarbij wordt aangegeven dat deze maatregel van *probation* in het buitenland ook zeer veel heeft bereikt. Hoewel in Nederland, ondanks het ontbreken van een wettelijk kader, in de praktijk al met dit patronaat wordt gewerkt, is een wettelijke regeling nodig. “*Dan zou zeker op heel wat beter uitkomsten kunnen worden gewezen dan van het niet op de wet steunende patronaatswezen het gevolg zijn... het behoeft geen nader betoog, dat het wenschelijk is ook hier in te voeren, wat reeds in de meeste beschaafde landen bestaat, te weten: een op de wet steunende, goed georganiseerde ondertoezichtstelling, waaraan kan worden onderworpen elk kind, dat, uit welke oorzaak ook, zoodanig opgroeit, dat het met zedelijken of lichamelijken ondergang wordt bedreigd.*”<sup>29</sup>

Volgens het voorstel wordt bij een besluit tot OTS een gezinsvoogd aangewezen die met het toezicht op het kind wordt belast en zich houdt aan de aanwijzingen van de kinderrechter. De gezinsvoogd dient volgens het ontwerp zoveel mogelijk persoonlijk aanraking te zoeken met het kind en het gezin waartoe het behoort en dient alles te bevorderen wat tot het geestelijk, lichamelijk en toekomstige stoffelijk welzijn van het kind dient. Hij kan de ouders aanwijzingen geven om de opvoeding van het kind in goede banen te leiden en moet zoveel mogelijk pogen om ouders hiertoe vrijwillig te overreden. Werken de ouders niet mee als een aanwijzing wordt gegeven, dan kan dit een grond tot onzetting uit de ouderlijke macht opleveren.

Met de invoering van een georganiseerde OTS van minderjarigen is het noodzakelijk om een regeling te creëren die speciale kinderrechtters voorschrijft. Voor de uitvoering van de nieuwe maatregel van OTS is nodig “*een lenig, vlug werkend, gemakkelijk toegankelijk rechterlijk orgaan, dat voortdurend op de hoogte is en blijft van het kind en het gezin, waartoe het behoort. Een zoodanig*

28 MvT bij de ‘Invoering van den kinderrechter en van de ondertoezichtstelling van minderjarigen’ (wetsontwerp 409, vanaf VV (nr. 5) onder 75), *Kamerstukken II*, 1919-1920, 409, nr. 3 (MvT).

29 *Kamerstukken II*, 1919-1920. 409, nr. 3 (MvT), p. 7.

*rechterlijk orgaan kan niet anders zijn dan een alleen-rechtsprekend rechter, tusschen wien en zijn justitiabelen persoonlijke aanraking bestaat, welke in geval van collegiale rechtspraak is uitgesloten... een ‘unus iudex’ dus.”*<sup>30</sup> De invoering van een deskundige kinderrechter wordt zo gezien als essentiële voorwaarde bij de invoering van de nieuwe maatregel tot OTS. De kinderrechter kan als zelfstandig orgaan op deze manier toezicht houden op het kind en de ouders.<sup>31</sup> In het oorspronkelijk ontwerp wordt niet voorgesteld om aan de strafrechter de bevoegdheid tot OTS te geven. De OTS kan het beste door een daartoe gespecialiseerde rechter worden toegepast die kan beslissen wat het beste is voor kind en gezin en die ze kan blijven volgen tot het moment is aangebroken dat het gezin weer zelfstandig zonder inmenging van buitenaf kan functioneren.

De nieuwe maatregel heeft dan wel vooral de bescherming van het kind op het oog (bescherming zowel tegen ouders als tegen het gevaar te [zijn] vervallen in misdadigheid), maar richt zich uitdrukkelijk ook op de ouders. Het bieden van hulp aan het gehele gezin is een vorm die nog niet eerder als zodanig wettelijk was geregeld. Door zowel de minderjarige als de ouders centraal te stellen kan zo gepoogd worden een verder ingrijpen in het gezin te voorkomen. Er wordt dan ook bewust gekozen voor de termen ‘gezinsvoogd’ en ‘ondertoezichtstelling’ in plaats van ‘patroon’ en ‘onderpatronaatstelling.’ In de Memorie van Toelichting wordt gesteld dat *“het woord ‘gezinsvoogd’, door den heer Snoeck Henckemans het eerst gebezigd, duidelijk doet zijn dat de persoon, die het toezicht uitoefent, zijn aandacht mede te wijten heeft aan het gezin, waartoe het kind behoort.”*<sup>32</sup>

Door leden van de Commissie van Rapporteurs wordt een aantal bezwaren aangevoerd bij de bespreking van het wetsvoorstel. De belangrijkste bezwaren betreffen de splitsing van de kindervetgeving in een burgerrechtelijk en een strafrechtelijk gedeelte die door dit wetsontwerp wordt verscherpt en het brengen van de ontheffing van en ontzetting uit de ouderlijke macht onder de bevoegdheid van de kinderrechter. Over het ontbreken van de mogelijkheid de minderjarige strafrechtelijk onder toezicht te stellen wordt gezegd *“dat de scheiding van de kindervetgeving in een burgerrechtelijk en een strafrechtelijk gedeelte mede ten gevolge zal hebben, dat de kinderrechter, rechtsprekende in strafzaken, die een kind tot tuchtschoolstraf veroordeelt, niet de bevoegdheid heeft tevens ondertoezichtstelling van het kind voor den geheelen of gedeeltelijken duur zijner minderjarigheid te bevelen.”*<sup>33</sup> De minister wil echter beslist niet tot één kindervetgeving komen, wat volgens hem zou betekenen dat het kinderstrafrecht zou verdwijnen. Hij geeft wel toe aan de mogelijkheid van een strafrechtelijke OTS wanneer door de minderjarige een bepaalde overtreding is gepleegd. Het gaat hier om misdrijven en de overtredingen bedelarij, landloperij en souteneurschap.<sup>34</sup> Een OTS is dus niet bij elk delict strafrechtelijk op te leggen.

Verder zijn niet alle leden van de Commissie van Rapporteurs het eens over de vraag of een kinderrechter ook over een verzoek tot ontheffing en ontzetting moet oordelen. Sommige leden hebben er ernstig bezwaar tegen dat de ontzetting en ontheffing onder de bevoegdheid van de kinderrechter worden gebracht. Zij

30 *Kamerstukken II*, 1919-1920, 409, nr. 3 (MvT), p. 8.

31 Zie over de invoering van de kinderrechter Bac (1998), hfst. VI.

32 *Kamerstukken II*, 1919-1920, 409, nr. 3 (MvT), par. 6.

33 *Kamerstukken II*, 1920-1921, 75, nr. 1 (VV).

34 Nieuw artikel 39 decies WvSr; strafrechtelijk kan een OTS worden opgelegd aan een minderjarige die een misdrijf heeft gepleegd of een overtreding als bedoeld in art. 432, 433 en 434 WvSr.

vinden het bedenkelijk de beslissing over een zo belangrijke zaak aan de unus iudex op te dragen, omdat juist door de deskundigheid het bezwaar bestaat dat bij de uitspraken te veel subjectieve inzichten de doorslag geven. Deze leden wensen voor de beslissing over ontheffing en ontzetting de collegiale rechtspraak te behouden. Dit leidt er uiteindelijk toe dat door de Commissie van Rapporteurs een amendement wordt ingediend dat als strekking heeft dat de verzoeken of vorderingen tot ontheffing van en ontzetting uit de ouderlijke macht en tot ontzetting van een voogd of toeziend voogd uit de voogdij niet zullen worden beslist door de kinderrechter alleen, maar door de meervoudige kamer van de rechtbank.<sup>35</sup>

### 3.4.2 *Civielrechtelijke bevoegdheden van de kinderrechter*

De discussie over de reikwijdte van de civielrechtelijke bevoegdheden van de kinderrechter komt niet zomaar uit de lucht vallen; ook in de juridische literatuur is hier reeds aandacht aan besteed. Er wordt dan vooral gesproken over de ontzetting (niet zozeer over ontheffing) die niet door de kinderrechter zou moeten worden opgelegd, omdat dit de meest vergaande vorm van interventie in het gezinsleven is.

In de preadviezen aan de Nederlandse Juristenvereniging van Bosch en De Graaf wordt er voor gepleit de bevoegdheid tot ontheffing en ontzetting aan de kinderrechter te geven. De beide preadviseurs zetten zich hierbij af tegen het voorstel van Simons uit 1913. Simons wil niet dat de vordering tot ontzetting bij de kinderrechter wordt gebracht. In 1917 blijft hij bij zijn standpunt: *“Ik heb dit reeds indertijd bestreden en ik bestrijd dit nog, met volle overtuiging, omdat het mij voorkomt, dat die maatregel van ontzetting in de meeste gevallen inderdaad is een maatregel van geheel anderen aard dan de maatregelen, die men neemt met betrekking tot het kind. Ik weet wel dat bij dien maatregel van ontzetting de belangen van het kind mede in hooge mate betrokken zijn, maar die maatregel wordt genomen op grond van het wangedrag der ouders... die maatregel wordt genomen tegen de ouders... men beperke de bevoegdheden van den kinderrechter tot maatregelen, welke uitsluitend betreffen het kind en onthoude hem de beoordeeling van maatregelen, die gaan tegen de ouders.”*<sup>36</sup> De Graaf stelt daarentegen dat het inderdaad van het grootste belang is dat de kinderrechter zich ook op de kant van de ouders richt zoals Simons dit voorstelt, maar dat hij ook de belangen van het kind behartigt. *“Daarvoor is echter een groote persoonlijke kennis van het gezin noodig... zoowel de belangen van het kind als de belangen van de ouders zijn veiliger bij den kinderrechter, die van dit alles uit den aard volkomen op de hoogte is, die, men vergete dit toch niet, met diezelfde gezinnen uit anderen hoofde toch steeds in aanraking komt.”*<sup>37</sup>

Zoals hierboven besproken vindt er ook een soortgelijke discussie plaats tussen de leden van de Commissie van Rapporteurs tijdens de bespreking van het wetsvoorstel tot invoering van de kinderrechter en van de OTS van minderjarigen. Dit leidt tot het indienen van een amendement dat ontheffing en ontzetting bij de competentie van de meervoudige kamer plaatst. Een aantal leden uit de Tweede

35 *Kamerstukken II*, 1920-1921, 75, nr. 9.

36 Simons tijdens de Eerste Zitting op vrijdag 29 juni 1917 van de Handelingen der NJV.

37 De Graaf tijdens de Eerste Zitting van de NJV op vrijdag 29 juni 1917; ter afsluiting van de vergadering wordt door de grote meerderheid der leden positief gestemd over de vraag of de bevoegdheid van de kinderrechter zich tot de vorderingen tot ontzetting uit en ontheffing van de ouderlijke macht uit moet strekken.

Kamer keert zich bij de behandeling van het wetsontwerp tegen dit amendement. Zo stelt parlamentslid Snoeck Henckemans dat “*het voorstel der Commissie, de beslissing omtrent ontheffing en ontzetting van ouders niet toe te vertrouwen aan den kinderrechtter de eerste der drie aangewezen hoofdgedachten rechtstreeks aantast... dit is te betreuren en is onjuist, omdat in oogenschijnlijk geheel gelijksoortige en gelijkvormige gevallen de eene maal noodig zal zijn een strafrechtelijke maatregel tegen het kind, de andere maal een civielrechtelijk optreden ten opzichte der ouders... zal het instituut van den gezinsvoogd beteekenis hebben, dan moet deze ook met eenig gezag kunnen optreden... wil nu het ambt tot zijn recht komen, dan moet de kinderrechtter de macht hebben om datgene, waarmede hij dreigt, uit te voeren* (dreiging met ontzetting bij niet-meewerken met de gezinsvoogd; MB).”<sup>38</sup> Uiteindelijk wordt het amendement wel aangenomen, maar wordt daarbij bepaald dat de kinderrechtter deel uitmaakt van de meervoudige kamer bij verzoeken tot ontheffing van of ontzetting uit de ouderlijke macht. Dit compromis is toch niet hetzelfde als het oorspronkelijk wetsontwerp, dat nu juist alle macht in handen van de kinderrechtter als unus iudex wilde geven. Doordat ook geen strafrechtelijke OTS tot stand is gebracht die overeenkomt met de *probation* in de Verenigde Staten (in Nederland kan de strafrechtelijke OTS enkel als maatregel worden opgelegd bij een gepleegd misdrijf of bij bepaalde overtredingen door een minderjarige), krijgt de kinderrechtter in Nederland niet dezelfde en even verstrekkende bevoegdheden als hij bijvoorbeeld in het Amerikaanse systeem heeft. De kinderrechtter is vooral belangrijk bij de toepassing van de nieuwe maatregel tot OTS. De civielrechtelijke OTS staat op de voorgrond en de kinderrechtter is nodig om deze nieuwe maatregel op de juiste wijze toe te passen.

### 3.4.3 Invoering van de wet van 5 juli 1921

Het wetsontwerp tot invoering van de kinderrechtter en van de OTS voor minderjarigen wordt op 5 juli 1921 gepubliceerd in het Staatsblad.<sup>39</sup> Het duurt nog tot 1 november 1922 voordat de wet in werking treedt. Vanaf dat moment behandelt de kinderrechtter de strafzaken voor jeugdigen en oordeelt hij over een verzoek tot OTS van een minderjarige. Als een kind, uit welke oorzaak ook, zodanig opgroeit, dat het met zedelijke of lichamelijke ondergang wordt bedreigd, kan deze door de kinderrechtter voor een bepaalde tijd (maximaal één jaar; art. 373i oud BW) onder toezicht worden gesteld (art. 373 oud BW). Tegen de beslissing van de kinderrechtter staat hoger beroep open. Tijdens het onderzoek kan de kinderrechtter een kind voorlopig onder toezicht stellen; tegen deze beslissing is geen hoger beroep mogelijk (art. 373g oud BW).<sup>40</sup> De kinderrechtter wijst bij de beschikking tot OTS een gezinsvoogd aan die zoveel mogelijk aanraking moet zoeken met het kind en het gezin waartoe het behoort. Hij bevordert hierbij alles wat tot het geestelijk, lichamelijk en toekomstig stoffelijk welzijn van het kind kan strekken (art. 373k oud BW). De kinderrechtter kan de onder toezicht gestelde minderjarige voor maximaal drie maanden in een

38 Zie *Kamerstukken II*, 1919-1920, 75, beraadslagingen der Tweede Kamer; zo ook Sasse van Ysselt. Zie ook de mening van Van Woudenberg Hamstra, gepubliceerd in WvHR nr. 10644; hij kan zich juist vinden in het amendement dat ontzetting en ontheffing bij de meervoudige kamer plaatst. De redactie van het WvHR denkt hier hetzelfde over.

39 Stb. 834.

40 Over deze voorlopige maatregel en het gebrek aan enig rechtsmiddel heeft geen enkele discussie plaatsgevonden tijdens de behandeling van de wet.

observatiehuis doen opnemen en afhankelijk van de leeftijd maximaal zes maanden of één jaar in een inrichting voor bijzondere tucht doen opnemen (art. 373m, 373n oud BW). Het is derhalve mogelijk om het kind uit huis te plaatsen tijdens een OTS als dit in het belang van de opvoeding van het kind is. Tegen een beslissing tot plaatsing in een tuchtschool is hoger beroep mogelijk. De OTS kan telkens worden verlengd met een termijn van ten hoogste een jaar (art. 373i oud BW). Het bevel tot opnemering in een inrichting voor bijzondere tucht van de kinderrechter kan telkens worden verlengd met een termijn van ten hoogste zes maanden (art. 373o oud BW).

De rechtsgrond voor het opleggen van een OTS is, in tegenstelling tot de gronden van de maatregelen ontheffing en ontzetting, niet gericht op het gedrag van de ouders, maar op het belang van het kind. *“De ondertoezichtstelling is naar het voorgestelde artikel 373 mogelijk als het kind uit welke oorzaak ook zoodanig opgroeit, dat het met zedelijken of lichamelijken ondergang wordt bedreigd. Aan dezen dreigenden ondergang kan dus schuld hebben zoowel het kind als ook de ouder, doch evenzeer is het mogelijk, dat geen van beiden schuld heeft en de toestand enkel een gevolg is van de omstandigheid, dat de ouder, hoewel van goeden wille, niet in staat is zelfstandig de opvoeding te leiden.”*<sup>41</sup> Dit uitgangspunt biedt meer ruimte aan de rechterlijke macht, die, ook al hebben de ouders geen schuld aan de misstanden binnen het gezin, op verzoek gedwongen hulp kan opleggen en een kind onder toezicht kan stellen. Nu wordt mogelijk waar tijdens de discussie over objectieve en subjectieve verwaarlozing al op gewezen werd, namelijk het toepassen van kinderschermingsmaatregelen zonder dat ouders de problemen van kind en gezin kunnen worden verweten.<sup>42</sup> Eerder wilde de rechterlijke macht uiteindelijk niet zo ver gaan om louter objectieve verwaarlozing als wettelijke grond tot ontzetting uit de ouderlijke macht te accepteren zonder dat dit als zodanig door de wetgever was bepaald. Nu is er met de nieuwe wet wel een wettelijke maatregel die enkel naar het belang van het kind kijkt zonder dat het gedrag van ouders daarbij een rol hoeft te spelen. Het is de bedoeling dat hulp aan het gehele gezin wordt geboden en dat het streven er naar gericht is om een ontzetting of ontheffing te voorkomen door zo min mogelijk in te grijpen en op passende wijze met behulp van een gezinsvoogd begeleiding te bieden.

#### 3.4.4 Doelstellingen van de nieuwe OTS-maatregel

Nu behalve de ontheffing en ontzetting een derde specifieke kinderschermingsmaatregel is ingevoerd, zal duidelijk moeten zijn welke rechtvaardiging de overheid voor deze interventie aanvoert. Hierbij kan worden gekeken welke doelstellingen de wetgever met de OTS voor ogen heeft. Werd bij de totstandkoming van de Kinderwetten nog uitvoerig gesproken over de algemene rechtvaardiging van overheidsinterventie bij het ontnemen van de ouderlijke macht, waarbij het begrip ouderlijke macht als recht of als plicht centraal stond, tijdens de behandeling van het wetsontwerp tot invoering van de kinderrechter en van de OTS van minderjarigen wordt voorbijgegaan aan een uitvoerig debat over de theoretische rechtvaardiging van een inbreuk op de ouderlijke macht. Misschien valt dit te verklaren uit het feit dat de Kinderwetten van 1901 voor het eerst de mogelijkheid creëerden om civielrechtelijk in te grijpen in de ouderlijke

---

41 *Kamerstukken II*, 1919-1920, 409, nr. 3 (MvT), artikelsgewijze behandeling.

42 Zie hfst. 2, par. 7.3.

macht, die tot die tijd zo goed als onaantastbaar was. Bijna twintig jaar later is men bij de bespreking van het nieuwe wetsontwerp niet meer zo huiverig voor overheidsinterventie in het gezin, omdat de overheid immers al vijftien jaar ouders kan ontheffen van of ontzetten uit de ouderlijke macht. Het lijkt nu meer vanzelfsprekend dat de ouders niet de onvoorwaardelijke ouderlijke macht hebben waar het niet in het belang van het kind is. Tijdens de totstandkoming van de Kinderwetten was dit alles nog veel minder aanvaard. Ook leidt een OTS niet tot een ontneming van de ouderlijke macht; de inbreuk op het gezinsleven is kleiner en zal daarom ook gemakkelijker te accepteren zijn. In het nieuwe wetsvoorstel ter invoering van de OTS wordt dan ook niet meer gesproken over de onaantastbaarheid van de ouderlijke macht, maar staan de praktische doelstellingen van de nieuwe maatregel tot OTS centraal.

Ook nu wordt de bestrijding van de verwaarlozing en criminaliteit van kinderen als doelstelling aangegeven. Deze doelstelling werd ook bij de invoering van de kinderbeschermingsmaatregelen ontheffing en ontzetting aangevoerd. Het gaat dan zowel om bescherming van het kind tegen verwaarlozing door de ouders als bescherming van de maatschappij tegen (toekomstige) jeugdcriminaliteit. Nog steeds worden verwaarlozing en criminaliteit van minderjarigen als complementair beschouwd en de gedachte was dat dit in de oorsprong dient te worden aangepakt. Bij de invoering van de OTS wordt dan ook als doel gesteld om het tekort aan opvoeding, de oorzaak van het kwaad, weg te nemen door de maatregel van OTS op te leggen. Kind en gezin krijgen dan van een gezinsvoogd hulp aangeboden om de opvoeding van het kind in goede banen te leiden, zodat uiteindelijk de ouders de gehele opvoeding zonder gezinsvoogd aankunnen.

Een doelstelling die nog niet eerder als zodanig is aangevoerd, is te pogen om de ouderlijke macht zo lang mogelijk te handhaven. De nieuwe maatregel van OTS leidt niet tot volledige ontneming van de ouderlijke macht, maar laat nu juist de ouderlijke macht in stand door hulp te bieden aan het gezin. *“Als tusschentoestand tusschen algeheele onthouding en ontheffing of ontzetting zijn daaraan deze groote voordelen verbonden, dat, eerder dan thans mogelijk is, zal kunnen worden ingegrepen en dus het kwaad in den aanvang kan worden gestuit en bovendien, dat ontheffing en ontzetting minder dan thans noodig zullen zijn.”*<sup>43</sup> Het is dan ook een doelstelling om het aantal ontheffingen en ontzettingen terug te dringen en in eerste instantie zo licht mogelijk in te grijpen voordat de ouderlijke macht wordt ontnomen. De nieuwe maatregel van OTS kan *“tegemoet komen aan het bestaande euvel, dat op dit oogenblik bij gezinsmoeilijkheden, wanneer de rechter het nog niet noodzakelijk acht op de ernstige wijze in te grijpen door ontzetting of ontheffing van de ouders uit hun macht, hem niet anders overblijft dan niets te doen, waardoor gevallen, waarbij voortdurend toezicht uitstekend zou werken, geheel buiten aanraking met voogdijraad en rechter blijven.”*<sup>44</sup> Er wordt derhalve gehoor gegeven aan het tekort in de kinderbescherming zoals dit vanuit de praktijk is aangegeven, waarbij al diverse soorten minder ingrijpend preventief optreden waren ontstaan zonder dat deze op enige wettelijke bepaling waren gebaseerd. Voor het eerst wordt nu ook wettelijk aandacht geschonken aan de problemen in

---

43 *Kamerstukken II*, 1919-1920, 409, nr. 3 (MvT).

44 Aldus Snoeck Henckemans tijdens de behandeling van het wetsontwerp invoering OTS in de Tweede Kamer.

het gezin; door vroegtijdig effectief ingrijpen dient een algehele ontneming van de ouderlijke macht te worden voorkomen.<sup>45</sup>

Hoewel een fundamentele discussie over het overheidsingrijpen in het gezin niet meer ter sprake komt, wordt in tegenstelling tot bij de parlementaire geschiedenis van de Kinderwetten nu veel duidelijker aangegeven wat men precies wil bereiken en waarom een nieuwe kinderschermingsmaatregel dient te worden ingevoerd. Het accent lijkt te zijn verschoven van de vraag op grond waarvan de overheid kan en mag interveniëren in het gezinsleven naar de vraag wat de overheid bij de interventie precies voor ogen heeft. Zolang deze doelstellingen voorop staan, is overheidsingrijpen geoorloofd. Een nieuwe gedachte is om te streven naar het zo lang mogelijk intact laten van de ouderlijke macht door met een OTS binnen het gezin voor een beperkte tijd hulp te bieden in een gedwongen kader. Zodoende kan de bedreiging voor het kind worden opgeheven voordat er noodzaak is om tot een ontheffing of ontzetting van ouders te komen.

### 3.4.5 Rechtsgronden voor het opleggen van een OTS

De rechtsgrond die een rechtvaardiging biedt voor de overheidsinterventie in het gezin, is het zodanig opgroeien van het kind dat het *‘met zedelijken of lichamenlijken ondergang bedreigd wordt.’* Net als de rechtsgronden zoals deze gelden voor de ontheffing en ontzetting, is ook deze rechtsgrond zeer ruim opgesteld. Hoewel bij de bespreking van de Kinderwetten die ontzetting en ontheffing mogelijk maakten uitvoerig is gesproken over de reikwijdte van de rechtsgronden en de interpretatieruimte van de rechter, wordt bij de bespreking van het wetsvoorstel tot OTS niet gerept over de ruime toepasselijkheid van de nieuwe rechtsgrond. De rechter heeft ook bij de toepassing van een OTS een grote mate van beoordelingsvrijheid. Inderdaad *“is moeilijk te ontkennen, dat de tekst van het artikel de deur al heel breed kan openstellen. Eisch voor toepassing toch is, dat het kind met zedelijken of lichamenlijken ondergang bedreigd wordt. Die eisch nu is vrijwel te stellen voor elke kinderrechtelijke maatregel en aldus kan dit artikel toepassing vinden over gans de linie.”*<sup>46</sup> Hoewel de rechtsgrond zich nu wel direct op het belang van het kind richt en niet op het (wan)gedrag van de ouders, kan de rechter dit criterium voor vele mogelijke situaties gaan gebruiken, zolang de minderjarige maar op enigerlei wijze bedreigd wordt in zijn of haar ondergang. Ondanks de ruime formulering van het criterium tot overheidsingrijpen, is de wetgever zich wel degelijk bewust van het belang van begrenzing aan overheidsingrijpen in het gezin. *“De Staat behoort zich... met het gezinsleven niet verder te bemoeien dan strikt noodzakelijk is. Het gaat niet aan, den ouders, die de natuurlijke opvoeders van het kind zijn, hunne daaruit voortvloeiende verplichtingen in bijzonderheden voor te schrijven en in de opvoeding in te grijpen, zoodra zij in eenig opzicht het kind op andere wijze opvoeden dan misschien aan anderen wenschelijk zou voorkomen, indien uitsluitend met het belang van het kind rekening werd gehouden. Dienovereenkomstig zal het kind slechts onder toezicht kunnen worden gesteld, indien het met zedelijken of lichamenlijken ondergang bedreigd wordt.”*<sup>47</sup> Vanwege het ontbreken van enige

---

45 Vgl. de problematiek in de jaren negentig bij de keuze tussen OTS en ontheffing, waarbij in de jurisprudentie is bepaald dat indien een ouder instemt met het voortduren van een UHP bij een OTS, er niet voldoende grond is voor een ontheffing (zie hfst. 7, par. 7.3).

46 Aldus Van Rappard in een ingezonden bijdrage gepubliceerd in WvR op 27 februari 1924, nr. 11150.

47 *Kamerstukken II*, 1920-1921, 75, nr. 2 (MvA).

kritiek op dit criterium door de Kamerleden, lijkt de overheidsinterventie in het gezin in de maatschappij meer geaccepteerd te zijn. De wetgever geeft aan dat de rechter in zijn overweging van het belang van het kind moet uitgaan en geeft hem daarbij tegelijkertijd alle vrijheid om dit naar beste weten te doen.

Meer impliciet kunnen wel aanwijzingen worden gevonden waar nu precies de grenzen van overheidsingrijpen in het gezin bij het opleggen van een OTS liggen. Zo wordt, ondanks verzoek daartoe<sup>48</sup>, in de nieuwe wet geen mogelijkheid opgenomen tot een ambtshalve optreden van de kinderrechter door het opleggen van een OTS. Een kinderrechter kan een OTS enkel uitspreken na een verzoek daartoe van ouders, bloedverwanten tot de vierde graad of de Voogdijraad, en na vordering door het OM.<sup>49</sup> De wetgever spreekt zich doelbewust uit tegen een ambtshalve opleggen van een OTS door de kinderrechter, door te wijzen op de subsidiariteit van overheidsinterventie; pas in uiterste instantie dient de overheid in het gezin te interveniëren.

Zo lijkt het ook niet de bedoeling van de wetgever te zijn om een OTS altijd aan alle kinderen binnen een bepaald gezin op te leggen. Een OTS dient alleen te worden uitgesproken indien dit voor een bepaald kind de beste mogelijkheid is om veranderingen teweeg te brengen. Feith denkt hier anders over; hij deelt in een lezing aan de Vereniging Pro Juventute mee dat “...hij in zoodanige gevallen, waarbij ingrijpen in het belang der kinderen dringend noodig was, zich behielp door alle betrokken kinderen onder toezicht te stellen en ook aan zeer jonge, die zich nog van geen kwaad bewust waren, een gezinsvoogd toe te voegen. Hij verzweeg intusschen niet, dat er twijfel geopperd is, of de wet aan den Kinderrechter wel zoo uitgestrekte bevoegdheid verleent.”<sup>50</sup> Ook uit dit voorbeeld blijkt dat men in de praktijk nog zoekt naar de precieze grenzen van de bevoegdheid van de kinderrechter bij het opleggen van een OTS.

Eenzelfde kwestie die in de praktijk onduidelijk blijkt, is de vraag naar de grenzen tussen OTS, ontheffing en ontzetting. De drie maatregelen lopen in elkaar over zonder dat duidelijke scheidslijnen zijn aan te geven. Het is dan wel duidelijk dat eerst de meest lichte maatregel moet worden opgelegd alvorens de ouderlijke macht volledig te ontnemen, maar wat nu als in een bepaalde situatie niet duidelijk is of een OTS wel zal voldoen? Ook al is één van de doelstellingen van de OTS het voorkomen van een ontheffing of ontzetting, dit kan toch niet in alle gevallen tot een OTS leiden waar binnen een bepaald gezin al te veel is gebeurd en de minderjarige verdergaande bescherming verdient.

Een verdere complicatie vormt de mogelijkheid van een UHP in het kader van een OTS. “Het is toch in zekeren zin merkwaardig, dat men de ‘gezinsvoogdij’, die blijkens den opzet der wet juist moet dienen om het kind zooveel mogelijk in zijn eigen omgeving te steunen en te patroniseeren en tevens het gezinspeil te verhoogen, gaat bezigen om een kind uit het ouderlijk gezag weg te nemen of te verhinderen, dat ouders hun kind in hun eigen gezin doen terugkeeren.”<sup>51</sup> Het

---

48 Door Snoeck Henckemans, die hiertoe een amendement indient; bijlagen *Kamerstukken II*, 1920-1921, 75, nr. 10. Het amendement leidt niet tot een wijziging in het wetsontwerp.

49 Pas sinds 1 juli 1997 kan de kinderrechter bij uitzondering op deze regel ambtshalve een OTS uitspreken als een verzoek tot voorlopige voogdij (de herziene ‘voorlopige toevertrouwing’) is ingediend of als de rechtbank een verzoek tot ontzetting of gedwongen ontheffing afwijst (zie hfst. 5).

50 Zie Rethaan Macaré in TAMK 1924, p. 170-172. Feith is duidelijk een andere mening toegedaan dan Boeles; zie Maandblad voor Reclassering en Berechting februari 1924, waarin hij stelt dat hij deze toepassing in strijd acht met de bedoeling van de wetgever.

51 Zie Overwater in TAMK 1925, jrg. 4, p. 403-404.



lijkt toch niet direct bij de doelstellingen van de wetgever bij de OTS aan te sluiten dat minderjarigen voor langere tijd uit huis worden geplaatst waar juist gestimuleerd dient te worden dat ouders zoveel mogelijk zelf blijven functioneren als opvoeders van hun kind. Bij de toepassing van de nieuwe maatregel van OTS vanaf eind 1922 komen zo diverse problemen op waar de wetgever niet duidelijk over is geweest en die de grenzen van de OTS scherper omlijnd trachten te krijgen. De wetgever durft zich nog niet aan stellige uitspraken te wagen die een meer heldere afbakening van de kinderbeschermingsmaatregelen OTS, ontheffing en ontzetting met zich meebrengen. Net als na de inwerking-treding van de Kinderwetten wordt ook nu door de wetgever weer veel aan de rechterlijke macht en de praktijk overgelaten.

### 3.5 Toepassing van de kinderbeschermingsmaatregelen vanaf 1922

#### 3.5.1 *Inleiding*

Na de inwerkingtreding van de nieuwe OTS-wet is sprake van een vernieuwd instrumentarium ter bescherming van kinderen: het kind kan onder toezicht worden gesteld of de ouders kunnen worden ontheven van of worden ontzet uit de ouderlijke macht. Verder kan het kind voorlopig onder toezicht worden gesteld en kunnen de ouders uit de ouderlijke macht worden geschorst, waarbij het kind voorlopig kan worden toevertrouwd aan de Voogdijraad. De maatregel van OTS wil niet enkel de relatie tussen ouders en kinderen volledig afbreken, maar heeft nu juist als oogmerk om hulp te bieden aan ouders en kinderen, zodat de opvoedingsrelatie wordt verbeterd en een ontneming van het ouderlijk gezag voorkomen kan worden.

Het criterium ‘bedreiging met zedelijke of lichamelijke ondergang’ op grond waarvan een OTS kan worden opgelegd door de kinderrechter, is ruim geformuleerd. Ook nu moet weer uit de rechtspraktijk blijken hoe de maatregel precies zal worden toegepast, waar de grenzen liggen van de maatregel van OTS en hoe de verhouding is tussen de verschillende maatregelen van OTS, ontheffing en ontzetting. De wetgever wil nog geen al te duidelijke richtlijnen geven en laat liever aan de rechterlijke macht over hoe dit alles wordt ingevuld. De eerste jaren na de invoering van de OTS-wet wordt duidelijk waar de knelpunten liggen en hoe deze moeten worden opgelost.

Hierbij speelt ook de motivering van de rechter weer een belangrijke rol. Bij een summiere motivering van een rechterlijke beschikking tot het opleggen van een maatregel kan niet duidelijk blijken hoe de rechter de rechtsgronden van de kinderbeschermingsmaatregelen beoordeelt en hoe de maatregelen volgens hem zouden moeten worden toegepast. Alleen uitspraken waarbij een deugdelijke motivering wordt gegeven, kunnen duidelijkheid scheppen in de precieze beweegredenen van de kinderrechter.<sup>52</sup> Eerder is echter gebleken dat het met de rechterlijke motiveringsplicht niet zo nauw wordt genomen. Veelal is een standaard motiveringsformule voldoende om aan de wettelijke motiveringsplicht te hebben voldaan. Ook de wetswijziging van 1909 betreffende de motivering die vanaf dan ‘met redenen omkleed’ dient te zijn, lijkt hierin weinig verandering te hebben gebracht.

---

52 Zie over de rechterlijke motiveringsplicht hfst. 8 en 9.

Op 5 november 1926 wijst de Hoge Raad een arrest over de vraag welke eisen men aan de beschikking zal mogen stellen. In een ontzettingsbeschikking, waartegen cassatie was ingesteld, was als motivering gegeven *“dat door het gehouden verhoor de juistheid van de ten requeste gestelde feiten en omstandigheden in het algemeen voldoende is bewezen en dat die feiten en omstandigheden ten aanzien van de moeder opleveren slecht levensgedrag en grove verwaarloozing van haar plicht tot onderhoud en opvoeding van haar voormeld minderjarig kind.”* De Hoge Raad overweegt dat in de door de rechtbank gebezigde formulering *“niet te vinden zijn de gronden, waarop de uitgesproken ontzetting uit de voogdij berust, daar er niet uit kan worden afgeleid welke der ten requeste gestelde feiten zijn bewezen en dus ook niet kan worden beoordeeld, of door de Rechtbank terecht werd aangenomen, dat wat bewezen werd, in den zin der wet ten aanzien der verzoekster tot cassatie oplevert een in de wet omschreven grond tot ontzetting der verzoekster uit de voogdij over haar kind, terwijl toch het èn voor de betrokkenen èn ter wille van het precedent, dat in iedere uitspraak ligt, van belang is te weten, welke feiten de rechter als misbruik van ouderlijke macht of voogdij of als slecht levensgedrag aanmerkt.”*<sup>53</sup> De Hoge Raad geeft duidelijk aan dat strikt gehouden moet worden aan de eis van motivering in dergelijke uitspraken. Zowel voor de belanghebbenden als voor de gehele rechtsontwikkeling in kinderbeschermingszaken is het van groot belang dat elke toepassing van een maatregel deugdelijk wordt gemotiveerd. Bij een ontheffing en ontzetting dient een ouder te weten op welke feitelijke gronden zijn ouderlijke macht wordt ontnomen, ook omdat een ouder in deze zaken doorgaans niet juridisch wordt bijgestaan door een advocaat. Hoewel deze uitspraak van de Hoge Raad de motiveringsplicht benadrukt, wordt in lagere rechtspraak meestal gebruik gemaakt van standaardformuleringen, waarbij in de beschikking slechts zelden enige nadere aanduiding van de bewezen geachte rechtsgrond wordt gegeven. Dit leidt echter nauwelijks tot hoger beroep en nog minder vaak tot cassatieberoep.<sup>54</sup> Er kan dan ook niet gesproken worden van een daadwerkelijke verbetering van de motivering van beschikkingen. Toch kan met behulp van de rechterlijke uitspraken een aantal constatering worden gedaan met betrekking tot de toepassing van de kinderbeschermingsmaatregelen.

### 3.5.2 Herstel in de ouderlijke macht

#### 3.5.2.1 Praktische toepassing van herstel

Na de invoering van de nieuwe OTS-wet worden, evenals na de inwerkingtreding van de Kinderwetten, veel uitspraken gepubliceerd betreffende herstel in de ouderlijke macht. Nog steeds zijn rechters huiverig om al te snel herstel toe te wijzen. Een ontheffing of ontzetting is een dermate drastische ingreep in de ouderlijke macht dat, als deze maatregel eenmaal is uitgesproken, niet zo snel tot herstel van de ouderlijke macht wordt overgegaan.

Hierbij speelt mee dat ook herstel een drastische verandering genoemd kan worden als ouders eerst de ouderlijke macht is ontnomen. Er is dan geen sprake van een langzame overgang; kinderen worden weer bij de ouders geplaatst en deze

---

53 Zie HR 5 november 1926, NJ 1926, p. 1326 en WvHR nr. 11590. Zie ook TAMK jrg. 6, 1927, p. 1226.

54 Aldus blijkt uit de praktijk van de Amsterdamse rechtbank volgens Overwater; zie zijn commentaar bij het arrest van de HR 5 november 1926, in TAMK jrg. 6, 1927, p. 1226.

moeten nu de gehele opvoeding weer voor hun rekening nemen. Dit leidt in de praktijk tot klachten. De rechtbanken die te beslissen hebben over een verzoek tot herstel in de ouderlijke macht of voogdij, zijn niet zelden huiverig om het herstel uit te spreken, omdat men dan op het verloop van het geval geen enkele controle heeft, terwijl het aan de andere kant ook bezwaarlijk is het verzoek zonder meer te weigeren. Er wordt dan ook gezocht naar oplossingen om toch enige mate van controle op het gezin te houden na herstel in de ouderlijke macht.

Een manier om een meer langzame overgang te bewerkstelligen bij herstel is te beginnen met een proefherstel. De kinderen worden eerst op proef bij de ouders geplaatst met medewerking van de voogdij-instelling. Verloopt deze proef naar behoren, dan kan tot het definitieve herstel worden overgegaan. Op 28 mei 1924 beslist de Rechtbank Amsterdam dat *“herstel van ontheven ouders in de ouderlijke macht over hunne achttienjarige dochter eerst dan is toegestaan, wanneer door een langdurig proefverblijf van het kind in de ouderlijke woning is gebleken, dat de belangen van het meisje zich tegen de inwilliging van het verzoek om herstel niet verzetten.”*<sup>55</sup> Op deze manier kan beoordeeld worden of een terugplaatsing van het kind bij de ouders in het belang van het kind is, voordat tot een definitief herstel wordt beslist. Meestal willen de voogdij-instellingen hier echter niet aan meewerken omdat zij deze werkwijze bezwaarlijk achten.<sup>56</sup> Het kind is er meestal niet mee gediend om als proef weer bij de ouders te gaan wonen. Als ouders de ouderlijke macht is ontnomen ten aanzien van meerdere kinderen, komt het ook voor dat zij eerst worden hersteld in de ouderlijke macht over één van hun kinderen. Als de ouders bewijzen dat zij voor dit kind weer goed kunnen zorgen, volgt de beslissing tot herstel in de ouderlijke macht over hun andere kinderen.

Er is behoefte aan nazorg over kinderen van ouders die zijn hersteld in de ouderlijke macht. Een proefherstel biedt deze nazorg niet, het is slechts een soort test voor ouders of zij het zelf weer kunnen redden met hun kinderen. De vraag naar hulp binnen het gezin na herstel in de ouderlijke macht leidt ertoe dat nog een andere oplossing wordt gevonden, namelijk het opleggen van een OTS na herstel, zodat het gezin begeleid kan worden door een gezinsvoogd. De Voogdijraad kan na de beslissing tot herstel een verzoek tot OTS indienen of de Officier van Justitie kan tijdens de behandeling van het herstelverzoek een OTS vorderen, waarbij de rechtbank de beslissing op het herstelverzoek aanhoudt totdat de OTS is bewerkstelligd.<sup>57</sup> Een gezinsvoogd kan dan de ouders en het kind begeleiden totdat ze weer zelfstandig samen kunnen wonen. Op deze manier wordt een vorm van nazorg gerealiseerd. Bij de Justitiebegroting van 1925 wordt dan ook aan de minister van Justitie verzocht om een dergelijke maatregel van gezinsvoogdij na herstel. De minister wil liever eerst nog afwachten hoe de wet op de OTS zich in de praktijk verder zal ontwikkelen; hierbij wordt gewezen op het hier en daar geldende gebruik om kinderen, te wier aanzien herstel wordt verzocht, op proef naar de ouders te doen terugkeren.<sup>58</sup> Het is dan ook een wat vreemde constructie, omdat de rechter, hoewel deze het herstel in de ouderlijke macht toewijst, ook moet aannemen dat het kind ‘in zijn zedelijke of lichamelijke ondergang wordt bedreigd’ wil hij een OTS opleggen. Dit is duidelijk niet de bedoeling geweest van de wetgever. Aangezien de OTS echter de enige kinderbeschermingsmaatregel is die daadwerkelijk hulp kan bieden aan het gezin waarbij de kinderrechter controle

---

55 Rb. Amsterdam 28 mei 1924, in TAMK jrg. 4, 1925, p. 460.

56 Zie o.a. TAMK jrg. 5, 1926, p. 1140.

57 Zie bijv. de zaak door Overwater behandeld in TAMK jrg. 5, 1926, p. 1140.

58 Zie TAMK jrg. 4, 1925, p. 460 e.v.

kan houden, valt wel te verklaren waarom men heeft gepoogd door middel van deze constructie nazorg te bieden aan kind en ouders na een toewijzing van de rechter tot herstel.<sup>59</sup>

### 3.5.2.2 *Juridische toetsing bij herstel*

Op grond van art. 374e en 440 oud BW kan herstel in de ouderlijke macht worden gelast, *‘indien blijkt, dat de feiten, die tot de ontzetting of de ontheffing hebben geleid, zich niet langer daartegen verzetten.’* Volgens de heersende rechtspraak behoort dit zo te worden opgevat, dat het enkele wegvallen van de vroegere aanleiding tot ontzetting of ontheffing de rechter niet dwingt het verzoek tot herstel toe te wijzen; hij zal zich steeds moeten afvragen, of het belang van de betrokken minderjarigen zich niet tegen het herstel verzet. Zo weigert de Rechtbank Amsterdam op 13 december 1922 een eertijds ontzette vader herstel in de voogdij over zijn twintigjarige dochter, hoewel er op zijn gedrag en gezinsomstandigheden geen aanmerkingen meer kunnen worden gemaakt. De rechtbank overweegt dat, *“zooals men zich bij een verzoek tot ontzetting en ontheffing in de eerste plaats de vraag moet stellen, of het belang der kinderen dezen maatregel noodzakelijk maakt, bij een beschikking tot herstel in de ouderlijke macht of voogdij het belang der minderjarigen evenzeer de alles beheerschende factor moet zijn, welke opvatting naar het oordeel der Rechtbank ook steun vindt in de geschiedenis der art. 374e en 440b BW... de verbeterde omstandigheden mogen bij een verzoek om herstel niet de voornaamste factor zijn, waarmede de Rechtbank bij hare beschikking rekening heeft te houden, doch integendeel, het belang van de minderjarige praevaleert.”*<sup>60</sup> Ook in 1929 bevestigt het Hof te 's-Hertogenbosch dit uitgangspunt: *“De redenen die... de rechtbank aanleiding gaven om requestrante van de voogdij over hare kinderen te ontzetten, bestaan thans niet meer; zulks is echter alleen nog niet voldoende om haar weder in de voogdij over die kinderen te herstellen, doch nagegaan dient te worden of zulks ook in het welbegrepen belang dier kinderen zou zijn...”*<sup>61</sup> Zolang de belangen van het kind zich tegen een terugkeer naar de ouders verzetten, zal herstel worden geweigerd. De bepalingen omtrent het herstel in de ouderlijke macht en voogdij worden ruim geïnterpreteerd.

### 3.5.2.3 *Wetswijziging van 1929 betreffende herstel en ontzetting*

Bij de wetswijziging van 25 juni 1929 betreffende enige bepalingen omtrent ouderlijke macht en voogdij wordt een nieuw criterium voor herstel in de ouderlijke macht opgesteld. De grond waarop herstel kon worden toegewezen, was inmiddels in de toepassing bij de rechter zodanig veranderd, dat men tot een nieuwe grond voor herstel kwam. Deze wordt nu, dat herstel mogelijk zal zijn, *“wanneer het gedrag of de ongeschiktheid of onmacht der ouders daartegen geen beletsel zijn.”*<sup>62</sup> Bij de schriftelijke behandeling van het ontwerp wordt gewezen op

59 Zie ook Veth in TAMK jrg. 10, 1929, p. 2244-2246, die zich afvraagt of het niet op de weg van de Voogdijraad ligt te trachten ontzette ouders te reclasseren; door het bieden van hulp aan het gezin zou een kind eerder teruggeplaatst kunnen worden en zou met meer gerustheid tot herstel kunnen zijn geadviseerd.

60 Zie Rb. Amsterdam 13 december 1922, in TAMK jrg. 4, 1925, p. 421.

61 Arr. Rb. 's-Hertogenbosch, Eerste Kamer, 19 juni 1928, in hoger beroep bevestigd, zie WvHR nr. 11879, ook in TAMK jrg. 7, 1928, p. 1898.

62 Art. 347e en 440b oud BW bij de Wet van 25 juni 1929, Stb. nr. 358 (wijziging van enige bepalingen omtrent de ouderlijke macht en voogdij). Zie ook Van Hamel/Nijland (1924), supplement door Overwater.

het onbevredigende van deze formule. Men verzoekt om de duidelijke en eenvoudige formule ‘*tenzij het belang van het kind zich tegen herstel verzet*’; de regering wenst echter geen redactie waarin eenzijdig het belang van het kind naar voren wordt gebracht. Het nieuwe criterium voor toewijzing van herstel beantwoordt niet aan het criterium zoals dit in de rechtspraak wordt toegepast, namelijk dat herstel zal worden toegewezen als het belang van het kind zich hier niet tegen verzet. De wetswijziging brengt geen verandering in de bestaande praktijk van herstelzaken. De nieuwe wettelijke omschrijving is geen duidelijke verbetering en wordt opnieuw door de rechter ruim en soepel toegepast.

Dit wordt bijvoorbeeld duidelijk in een beschikking van de Rechtbank Haarlem op 22 juni 1931. Een in 1919 uit de ouderlijke macht ontzette moeder vraagt in 1931 haar vier kinderen terug. De rechtbank wijst het verzoek tot herstel af, waarbij zij overweegt “*dat ingevolge art. 374e BW hij of zij, die uit de ouderlijke macht is ontzet, weder daarin kan worden hersteld of tot voogd over zijn minderjarige kinderen kan worden benoemd, indien blijkt dat het gedrag, de ongeschiktheid of onmacht van verzoeker geen beletsel zijn tot opdracht van de ouderlijke macht of voogdij; dat naar het oordeel der rechtbank op grond van na te melden omstandigheden niet alleen moet worden aangenomen, dat het belang dier minderjarigen zich in die mate tegen het toestaan van het verzoek verzet, dat hierin een reden gelegen is geen gebruik te maken van de in art. 374e BW geopend wordende mogelijkheid van herstel, doch zelfs moet worden aangenomen ongeschiktheid van verzoekster om met de zorg over deze minderjarigen te worden belast, een beletsel vormende tot opdracht der voogdij....*”<sup>63</sup> De Rechtbank geeft hier aan het begrip ‘ongeschiktheid’ een zeer ruime betekenis; als herstel niet in het belang is van het kind, dan kan de ouder ongeschikt geacht worden. Ook andere rechterlijke uitspraken na de wetswijziging houden bij het toewijzen van herstel vast aan het criterium “*tenzij het belang van het kind zich hiertegen verzet*.”<sup>64</sup> De wetswijziging brengt derhalve geen andere toepassing van het herstel in de ouderlijke macht met zich mee.

De wet van 25 juni 1929 houdt nog een andere wijziging van de kinderschermingsmaatregelen in, namelijk een nieuwe grond voor ontzetting uit de ouderlijke macht. De wijzigingswet van 1929 wil niet anders dan mogelijk maken “*dat kinderen, die onder vreemde voogdij staan of door anderen worden onderhouden en opgevoed, van die vreemde verzorgers zouden worden opgeëisch*.”<sup>65</sup> De wet geeft een nieuwe ontzettingsgrond: “*het terugeischen van een kind van anderen, die onderhoud en opvoeding van dat kind op zich hebben genomen, terwijl gegronde vrees bestaat, dat bij inwilliging van dien eisch het kind zal worden verwaarloosd*.” Deze vorm van ontzetting zal ook verzocht kunnen worden door de verzorgers van de minderjarige. De nieuwe ontzettingsgrond beoogt het schadelijk ingrijpen in het lot van kinderen die door derden worden verzorgd te voorkomen. Het geeft echter nog geen directe bescherming aan pleegouders en is gericht op het schadelijk handelen van de ouders.

### 3.5.3 Grenzen aan de maatregelen van OTS, ontheffing en ontzetting

Ook na de wetswijziging van 1922 betreffende de invoering van de kinderrechter en de maatregel van OTS blijft men zoals eerder gezegd zoeken naar de precieze

63 Rb. Haarlem 22 juni 1931, NJ 1932, p. 56. Zie ook TAMK jrg. 11, 1932, p. 3095.

64 Zie bijv. Rb. Rotterdam 30 oktober 1931 en 27 november 1931, in TAMK jrg. 12, 1933, p. 3456 e.v.

65 Zie Van Hamel/Nijland (1924), supplement door Overwater.

grenzen van het wettelijk overheidsingrijpen in het gezin door toepassing van de kinderbeschermingsmaatregelen. De ruime interventiegronden blijven aanleiding geven tot een aftasten van grenzen aan de maatregelen. Hierbij is soms ook sprake van oneigenlijk gebruik van de wettelijke gronden als praktische oplossing voor een specifiek geval. Het oneigenlijk gebruik van kinderbeschermingsmaatregelen wordt soms door de rechter toegestaan, soms ook afgewezen. Het oneigenlijk gebruik komt zowel bij de maatregel van OTS, de ontheffing van en de ontzetting uit de ouderlijke macht voor.<sup>66</sup>

#### 3.5.3.1 Oneigenlijk gebruik van ontzetting

In 1919 verzoekt de Voogdijraad te Rotterdam om ontzetting uit de ouderlijke macht van een vader-voogd die weigert zijn toestemming te geven tot het huwelijk van zijn minderjarig wettig kind. De Voogdijraad dient een verzoek in om ontzetting op grond van misbruik van macht over het kind; de Rechtbank Rotterdam wijst dit verzoek echter af. Ook het Gerechtshof en de Hoge Raad staan geen ontzetting toe op grond van het weigeren van huwelijks toestemming.<sup>67</sup> Misbruik van de ouderlijke macht kan derhalve niet worden aangevoerd bij ouders die weigeren hun toestemming te verlenen aan een huwelijk van hun minderjarig kind. Een ontzetting is hier niet toegestaan; dit is enkel uit praktische overweging een oplossing, maar heeft niets te maken met de bedoeling die de wetgever met de ontzetting voor ogen had.

In 1929 vordert de Officier van Justitie bij de Rechtbank te 's-Gravenhage de ontzetting uit de ouderlijke macht van een echtpaar met drie kinderen omdat deze ouders weigeren hun kinderen naar school te sturen. Zij weigeren dit op grond van hun geloofsovertuiging. Ook verschillende veroordelingen wegens overtreding van de leerplichtwet kunnen in deze weigering geen verandering brengen. De Rechtbank wijst de vordering tot ontzetting af, maar het Gerechtshof vernietigt de beschikking van de rechtbank, overwegende *“dat bedoelde ouders aan hunne kinderen stelselmatig alle onderwijs onthouden, terwijl te hunner woonplaats de gelegenheid bestaat hun dit te verstrekken... het Hof beschouwt een zodanig optreden door de ouders als een dermate grove verwaarloozing hunnerzijds van de hun bij de wet opgelegde verplichting tot opvoeding van de kinderen, dat in het belang van deze laatste hunne ontzetting van de ouderlijke macht noodzakelijk voorkomt.”*<sup>68</sup> In dit geval wordt wél ontzetting uitgesproken op grond van grove verwaarlozing van de kinderen door hen stelselmatig onderwijs te onthouden. Het verschil met bovenstaand geval is echter dat de wetgever het onderwijs als opvoedingstaak in de wet heeft geregeld (Leerplichtwet) en op grond hiervan aanspraak kan maken op de verplichting van ouders om voor dit onderwijs te zorgen. Toch is de grond ‘grote verwaarlozing’ hier wel opgerekt; het niet naar school sturen van kinderen is slechts bij zeer ruime interpretatie van dit begrip te beschouwen als grote verwaarlozing. Als dit vanuit een geloofsovertuiging wordt

---

66 Hier bespreek ik enkel de drie hoofdmaatregelen. Ook de voorlopige toevertrouwing wordt echter op oneigenlijke wijze gebruikt. De Officier van Justitie kan een kind voorlopig aan een Voogdijraad toevertrouwen, indien onverwijld het verzoek tot ontzetting bij de rechtbank wordt ingediend. Er staat de ouders geen enkel middel van verweer open en daarom dient deze maatregel slechts in gevallen van besliste noodzakelijkheid te worden bevolen. Overwater (in TAMK jrg. 2, 1923, p. 74-76) stelt dat in het algemeen vrij kwistig wordt omgegaan met het instituut der toevertrouwing en pleit voor het terugdringen van dit misbruik. Zie ook Overwater in ‘Zwakke plaatsen in ons stelsel van kinderbescherming’, TAMK jrg. 4, 1925, p. 655-657, 674-678, 688-689.

67 Zie TAMK jrg. 4, 1925, p. 653.

68 Zie TAMK jrg. 9, 1930, p. 2399 e.v.

beredeneerd, dan kan toch niet gezegd worden dat ouders het slecht voor hebben met hun kinderen en hun opvoeding op grove wijze verwaarlozen.

### 3.5.3.2 Oneigenlijk gebruik van ontheffing

Als ouders onmachtig of ongeschikt zijn om hun verplichtingen ten opzichte van hun kinderen te vervullen, kunnen zij van de ouderlijke macht worden ontheven. Zij kunnen hiertoe niet zelf een verzoek doen; de meeste verzoeken worden ingediend door de Voogdijraden. Het komt wel voor dat bijvoorbeeld een ongehuwde moeder wil worden ontheven uit de ouderlijke macht als zij haar kind afstaat aan pleegouders. Alsdan kan de Voogdijraad namens de moeder een verzoek indienen om ontheffing. Dat de maatregel van ontheffing hier niet voor bedoeld is, is wel duidelijk. Toch kan het voorkomen dat ouders zelf willen worden ontheven. Als de Voogdijraad hieraan wil meewerken, dient deze een verzoek in dat eigenlijk afkomstig is van de ouders. *“Sommige Voogdijraden achten hier ontheffing uit den booze, anderen gaan regelmatig op dergelijke verzoeken in, ook al is in eigenlijken zin de onmacht of ongeschiktheid der moeder om zelf haar kind op te voeden niet aanwezig.”*<sup>69</sup> Vooral voor afstandsmoeders wordt deze constructie wel toegepast, hoewel zij niet daadwerkelijk ‘ongeschikt of onmachtig’ zijn om hun kind op te voeden.<sup>70</sup>

Ook is gepoogd een ontheffing van de ouderlijke macht te bewerkstelligen voor een vader die financieel onmachtig is om zijn kind te verzorgen. Zijn elfjarige zoon wordt in een inrichting verpleegd, de vader kan de kosten niet meer betalen en de inrichting kan de zoon zonder betaling niet langer verplegen. De Voogdijraad verzoekt in 1931 ontheffing van de vader uit de voogdij. De Rechtbank Rotterdam wijst dit verzoek af en overweegt daarbij *“...dat niet is gesteld of gebleken, dat de jongen uit hoofde van zijn gedrag of anderszins bijzondere leiding behoeft, doch alleen dat de vader op dit oogenblik financieel onmachtig is om de verpleegkosten in die inrichting te betalen; dat dit geval dan ook veeleer ligt op het terrein van kerkelijke of burgerlijke armenzorg en de gevraagde ontheffing van de voogdij niet het middel is om tot de gewenschte oplossing te komen.”*<sup>71</sup> Hier ziet men weer het grensgebied tussen armenzorg en kinderbescherming. In de praktijk blijkt dat in ontheffingszaken veelal ook financiële motieven een rol spelen. Dit betekent echter niet dat om louter financiële redenen een ontheffing kan worden uitgesproken. Hier houdt de rechter meer vast aan de wettelijke gronden tot het uitspreken van een ontheffing.

### 3.5.3.3 Oneigenlijk gebruik van OTS

Ook de nieuwe kinderbeschermingsmaatregel van OTS wordt niet enkel gebruikt zoals dit door de wetgever is bedoeld. Later zal worden besproken dat de UHP die bij een OTS kan worden opgelegd, veel vaker en anders wordt toegepast dan beoogd is. Maar ook de maatregel van OTS wordt niet slechts toegepast om ouders te steunen in de opvoeding van hun kind. Op 21 februari 1928 doet het Gerechtshof te Amsterdam een uitspraak waarbij sprake is van een oneigenlijk gebruik van de maatregel van OTS. Het gaat hier om twee natuurlijke ouders die vechten om het bezit van hun jonge kind. De vader, die

69 Zie Overwater in TAMK jrg. 5, 1926, p. 1124 e.v. over oneigenlijk gebruik van ontheffing.

70 In de jaren zeventig wordt een wetsvoorstel Afstand Ouderrechten ingediend, dat uiteindelijk begin jaren negentig wordt ingetrokken. Ook in de jaren negentig wordt de maatregel van ontheffing wel toegepast voor draagmoeders die hun kind willen afstaan aan wensouders. Zie over dit alles hfst. 7, par. 4.2.

71 Rb. Rotterdam 10 april 1931, in TAMK jrg. 10, 1931, p. 2934.

door erkenning de voogdij uitoefent, wil het kind niet aan de moeder afstaan, die inmiddels met een ander is getrouwd. De moeder neemt het kind met geweld mee en als de vader er op staat om zijn rechten als voogd te doen gelden, komt de Officier van Justitie tussenbeide en vordert de OTS van het kind. De kinderrechter spreekt de OTS uit en wijst het kind aan de moeder toe. De vader-voogd gaat tegen deze beschikking in beroep en voert aan dat de OTS toch niet de strekking zou mogen hebben, dat de wettelijke bepalingen op de ouderlijke macht en voogdij buiten werking zouden worden gesteld. Het Gerechtshof bevestigt de uitspraak van de Rechtbank en heeft ook de overtuiging dat de natuurlijke rechten van de moeder op het jonge kind behoren te prevaleren boven de wettelijke rechten van de vader-voogd.<sup>72</sup> De gezinsvoogd laat dan ook het kind bij de moeder wonen. Deze OTS beoogt niet de opvoeding van vader-voogd en zijn kind te steunen en te bevorderen, maar wordt gebruikt om het kind bij zijn moeder te laten wonen.<sup>73</sup> De wettelijke omschrijving ‘met zedelijke en lichamelijke ondergang bedreigd’ is hier niet van toepassing, toch wordt in casu een OTS opgelegd.<sup>74</sup>

### 3.5.4 *Grenzen tussen de maatregelen van OTS, ontheffing en ontzetting*

#### 3.5.4.1 *Inleiding*

De drie kinderbeschermingsmaatregelen van OTS, ontheffing en ontzetting worden derhalve incidenteel op een oneigenlijke wijze gebruikt om de problemen in een concrete zaak op te lossen. Het wordt dan niet zo nauw genomen met de wettelijke criteria tot het opleggen van een maatregel. De rechter is soms soepel in dit oneigenlijk gebruik. De wetgever heeft niet expliciet benadrukt waar de grenzen liggen en dit maakt het gemakkelijker om de wettelijke criteria ruimer en soepeler toe te passen. Het is dan ook de vraag waar de precieze grenzen liggen tussen de drie maatregelen; waar houdt een OTS op en begint een ontheffing, en wanneer loopt dit over in een ontzetting?

Vanaf de inwerkingtreding van de nieuwe OTS-wet in 1922 zijn twee tendensen aanwijsbaar die met elkaar in tegenspraak zijn. Een doelstelling van de invoering van de maatregel van OTS is het tegengaan van het aantal ontheffingen en ontzettingen en het vroegtijdig interveniëren, zodat de meer ingrijpende maatregelen voorkomen kunnen worden. Dit uitgangspunt leidt ertoe dat vanaf de inwerkingtreding van de OTS deze maatregel het meest ruim wordt toegepast om op deze manier een ontheffing of ontzetting te voorkomen. De maatregel van OTS wordt dan ook het meest veelvuldig op oneigenlijke wijze gebruikt. Hier staat tegenover dat de wettelijke maatregelen zo zuiver mogelijk dienen te worden toegepast op de wijze die de wetgever voor ogen heeft gehad. Een OTS moet worden opgelegd in die situaties waar nog hulp geboden kan worden aan kind en gezin om een zwaardere maatregel te voorkomen. Is de situatie dermate slecht dat een OTS geen resultaat meer teweeg kan brengen, dan dient een ontheffing of

---

72 Zie Gerechtshof Amsterdam 21 februari 1928, in TAMK jrg. 7, 1928, p. 1653 e.v.

73 Zie voor soortgelijke problematiek, nl. het gebruik van de zgn. ‘omgangsOTS’, ook hfst. 7, par. 2.6.

74 Zo gebruikt kinderrechter Feith de OTS ten opzichte van alle kinderen uit een bepaald gezin ter voorkoming van ernstiger ingrijpen. Boeles daarentegen tekent hiertegen bezwaar aan; hij stelt dat de wetgever niet een zo uitgestrekte bevoegdheid verleent aan de kinderrechter en wil een OTS zien opgelegd voor een bepaald kind, niet per definitie voor alle kinderen uit een gezin. Zie Rethaan Macaré over de rede van de Haagse kinderrechter Feith, in TAMK jrg. 3, 1924, p. 150-152, 170-172.



ontzettingsverzoek te worden ingediend. Deze beide uitgangspunten, het voorkomen van ontheffing en ontzetting tegenover het op de juiste wijze toepassen van de maatregelen van kinderscherming, zijn niet met elkaar in overeenstemming te brengen. Dit lijkt de reden voor een inconsistent beleid en voor het niet strikt houden aan de wet door degenen die de wet moeten toepassen. De doelstelling van de nieuwe OTS-wet staat voorop; men dient zo licht mogelijk in te grijpen in het gezin door het zoveel mogelijk toepassen van de maatregel van OTS. Dat dit tot oneigenlijk gebruik van de OTS leidt, is hierbij minder belangrijk.

#### *3.5.4.2 Het voorkomen en beperken van ontheffing en ontzetting*

Het voorkomen en beperken van een ontheffing van of een ontzetting uit de ouderlijke macht is één van de doelstellingen van de nieuwe OTS-maatregel. De OTS dient niet slechts voor een toepassing ten behoeve van gezinnen waar anders niets gedaan kan worden, omdat niet aan de vereisten van ontheffing of ontzetting is voldaan, maar moet er ook toe leiden dat door de preventieve werking het aantal ontheffingen en ontzettingen wordt verminderd. De bedoeling van de wetgever is dat door vroegtijdige interventie in het gezin de situatie niet dusdanig escaleert dat moet worden overgegaan tot een ontneming van de ouderlijke macht.

De nieuwe bepaling van art. 373h oud BW voorziet in de mogelijkheid van een samenloop van een ontnemingsprocedure en een verzoek tot OTS. Als een verzoek tot OTS aanhangig is tegelijk met een verzoek of een vordering tot ontheffing van of ontzetting uit de ouderlijke macht, kan de rechtbank de beslissing over de ontzetting of ontheffing aanhouden totdat over het verzoek tot OTS is beslist. Dit voorschrift maakt duidelijk dat het uiterste middel van ontheffing en ontzetting, waardoor de band tussen ouders en kinderen geheel verbroken wordt, zoveel mogelijk moet worden voorkomen. Daar waar ook een OTS kan worden opgelegd, dient men deze lichte maatregel toe te passen en eerst te bezien of het kind zo voldoende beschermd kan worden voordat over een ontheffing en ontzetting kan worden geoordeeld. Dit uitgangspunt lijkt nog verder te gaan dan de doelstelling om door middel van preventief ingrijpen een verdere verslechtering in het gezin te voorkomen en zodoende een ontheffing en ontzetting te voorkomen. Nu lijkt het zo dat zelfs zaken die vóór 1922 nog tot een ontheffing of ontzetting leidden, eerst via het opleggen van een OTS afgedaan moeten worden. Dit werkt oneigenlijk gebruik van de wettelijke maatregel van OTS in de hand waar deze moet worden opgelegd '*indien het kind met zedelijke of lichamelijke ondergang wordt bedreigd.*' Een situatie die leidt tot een ontheffing of ontzetting kan dan ook wel onder dit criterium vallen, daar het dermate ruim is opgesteld, maar het moet bij het uitspreken van een OTS dan nog wel mogelijk zijn om de doelstelling om de minderjarige en de ouders weer op de goede weg te helpen, te realiseren. Is dit bij voorbaat niet meer mogelijk en moet het kind voor langere tijd uit huis worden geplaatst, dan lijken de maatregelen van ontheffing en ontzetting meer geschikt. Toch ontstaat de situatie dat men vóór alles een ontneming van het gezag wil voorkomen.

#### *3.5.4.3 Toepassing van de OTS en uithuisplaatsing*

Volgens art. 373m en 373n oud BW kan de kinderrechter het onder toezicht gestelde kind voor maximaal drie maanden in een observatiehuis doen opnemen en afhankelijk van de leeftijd maximaal zes maanden of één jaar in een inrichting voor bijzondere tucht doen opnemen. In de praktijk is het een kinderrechter ook geoorloofd een aanwijzing van een verblijfplaats buiten de ouderlijke woning te geven na het opleggen van een OTS. De rechter verruimt

dan ook zijn bevoegdheid tot UHP; niet slechts kan hij beslissen tot een verblijf in een observatiehuis of een tuchtschool, maar ook elders (bijvoorbeeld in een pleeggezin) kan hij het kind doen plaatsen. Deze bevoegdheid gaat duidelijk verder dan zoals dit in de wet is geregeld. Het lijkt ook niet de bedoeling van de wetgever te zijn geweest om bij een OTS-maatregel het kind (voor langere tijd) uit huis te plaatsen, daar waar gestimuleerd dient te worden dat ouders en kind samen geholpen worden zonder dat ze drastisch worden gescheiden.

In 1924 wordt door de Hoge Raad de mogelijkheid van een UHP op aanwijzing van de gezinsvoogd gesanctioneerd.<sup>75</sup> Hoewel de Voogdijraad Amsterdam in cassatie aanvoert dat “...met de ondertoezichtstelling niets anders en niets meer is beoogd dan de mogelijkheid in het leven te roepen om met handhaving overigens van het beginsel, dat de taak der opvoeding allereerst berust bij den ouder, het kind onder een verstandig toezicht te stellen” en dat “de beslissing de wetsvoorschriften omtrent de woonplaats van het kind, die omtrent het ouderlijk gezag, die omtrent de ondertoezichtstelling van minderjarigen en eindelijk den norm van art. 279 Strafrecht aantast”, concludeert de Hoge Raad dat de kinderrechter aan een kind verlop mag verlenen buiten de ouderlijke woning verblijf te houden. Bij een bevestiging van deze uitspraak in 1928 stelt de Hoge Raad dat “immers door de ondertoezichtstelling en de aanwijzing van een gezinsvoogd de uitoefening der voogdij slechts wordt beperkt, doch deze daardoor niet, gelijk bij ontzetting, verloren gaat en zulks niet anders wordt, wanneer een en ander geschiedt om verzorging van het kind anders dan in de woning van den voogd mogelijk te maken.”<sup>76</sup> Zo wordt, naast de wettelijk geregelde UHP ter observatie of bijzondere tucht, door de Hoge Raad ook de UHP op aanwijzing van de gezinsvoogd toegestaan. Dit maakt het mogelijk om, zonder dat ouders enig rechtsmiddel voorhanden staat, een kind voor lange tijd bij de ouders weg te halen. De vraag kan worden gesteld of dit in het kader van een OTS te rechtvaardigen is. Het blijkt wel een praktische oplossing voor vele uithuisplaatsingen in het kader van een OTS.

De plaatsing van het kind buiten het ouderlijk huis op aanwijzing van de gezinsvoogd kent drie varianten. Ten eerste de plaatsing die uitsluitend op aanwijzing van de gezinsvoogd tot stand komt. Ten tweede de plaatsing waaromtrent meningsverschil is ontstaan tussen ouders en de gezinsvoogd, dat heeft geleid tot het uitlokken van een beslissing door de kinderrechter.<sup>77</sup> Tenslotte moet de kinderrechter ook over de plaatsing op aanwijzing van een gezinsvoogd beslissen indien deze plaatsing kosten met zich meebrengt.<sup>78</sup> Alleen in de eerste variant kan een gezinsvoogd zonder beslissing van de kinderrechter een kind uit huis plaatsen. Dit neemt natuurlijk niet weg dat de beslissing van de kinderrechter in de praktijk meestal neerkomt op een goedkeuren van de aanwijzing van de gezinsvoogd, omdat kinderrechter en gezinsvoogd in nauw samenspel opereren.

Een probleem bij de toepassingspraktijk van UHP op aanwijzing van de gezinsvoogd is de rechtspositie van de ouders. Deze kunnen zich niet verweren tegen een aanwijzing van de gezinsvoogd die door de kinderrechter is bekrachtigd; alleen de Voogdijraad kan tegen deze beslissing in beroep gaan. “Deze

---

75 HR 24 januari 1924, NJ 1924, p. 376.

76 HR 30 april 1928, NJ 1928, p. 1220.

77 Op grond van art. 373L oud BW.

78 Op grond van art. 373N oud BW.

*eigenaardige regeling van hoger beroep is daarom zoo geschapen omdat, zou de beslissing van het al of niet instellen van beroep overgelaten zijn aan de ouders, de vrees gegrond is dat een ouder, die de OTS niet hebben kan of die geprikkeld is door een gerezen geschil, bij elke gelegenheid zich tot het Hof zou wenden. Wordt de zaak voorgelegd aan den Voogdijraad dan moet dit lichaam, als staande geheel buiten het gerezen geschil, bij uitstek bevoegd worden genoemd tot het oordeel of er termen zijn een uitspraak van het Hof uit te lokken.*”<sup>79</sup> Nu is de Voogdijraad niet verplicht om bezwaren van ouders bij de hogere rechter aan te brengen. De ouder staat dan geen enkel rechtsmiddel open tegen een UHP van zijn kind tijdens een OTS.

Verder ontbreekt een wettelijke regeling omtrent de wijze van beëindiging en van de begrenzing van de duur van deze plaatsingen buiten het gezin. Een UHP op aanwijzing van de gezinsvoogd kan zo ongelimiteerd doorlopen zonder dat ouders hoeven te zijn gehoord. Dit *“brengt de ouders of voogd -zonder dat daartoe de geëigende procedure heeft plaatsgevonden- ten opzichte van hun kind in de positie als waren zij ontheven of ontzet. In de praktijk spreekt men in dit verband van kinderrechter-voogdijschap”* (cursivering: MB).<sup>80</sup>

Een ander probleem bij UHP op aanwijzing van de gezinsvoogd is de vraag of de ouders die het kind, dat op aanwijzing van de gezinsvoogd uit huis is geplaatst, weer weg halen vanwaar het geplaatst was, zich schuldig maken aan gezags-onttrekking op grond van artikel 279 van het WvSr (*“opzettelijk een minderjarige onttrekken aan het opzicht van degene, die dit desbevoegd over hem uitoefent”*). Strikt genomen plaatsen de ouders hun kind namelijk zelf buiten het ouderlijk huis, want de gezinsvoogdij verhindert niet dat de minderjarige nog steeds onder ouderlijke macht of voogdij staat.<sup>81</sup> De verruiming van de mogelijkheid tot UHP door de gezinsvoogd of de kinderrechter brengt derhalve duidelijk juridische bezwaren met zich mee. De praktijk leert echter dat deze bezwaren niet opwegen tegen het voordeel en de resultaten die met een dergelijke UHP worden behaald.

Muller, de Alkmaarse kinderrechter die een aanwijzing tot verblijf buiten de ouderlijke woning na een OTS heeft gegeven, zegt over de verruiming van zijn bevoegdheid: *“Wij vestigen hierop de aandacht... omdat hierin gegeven is de mogelijkheid van de ontwikkeling van een maatregel, die een overgang zal vormen tusschen ontzetting uit de ouderlijke macht en het gewone toezicht op kinderen, die met ondergang bedreigd worden. Een buitengewoon krachtige bevoegdheid voor den kinderrechter, die echter kan leiden tot een minder gebruik van het uiterste middel der ontzetting.”*<sup>82</sup> Hieruit blijkt de bedoeling van deze verruiming van de bevoegdheid van de kinderrechter, teneinde een ontheffing of ontzetting zoveel mogelijk te voorkomen. Overwater ziet een dergelijke beschikking, waar de

79 Aldus Van Der Burgt tijdens een lezing voor de Bond van Inspecteurs en de Amsterdamse politie op 15 februari 1922.

80 Zie Lycklama (1954).

81 In 1937 veroordeelt de Rb. Rotterdam (20 april 1937, NJ 1938, nr. 595) een vader die zijn dochter uit de inrichting haalt op grond van art. 279 WvSr omdat *“immers de door den kinderrechter ingevolge de bepalingen der wet benoemde gezinsvoogdes haar gezag over de minderjarige desbevoegd uitoefende.”* In 1949 beslist de Rb. 's-Gravenhage (31 oktober 1949, NJ 1950, 483) echter dat *“van onttrekking van een minderjarige aan het wettige gezag of aan het toezicht als bedoeld in art. 279 WvSr geen sprake is t.a.v. de vader, die het kind weghaalt uit het kindertehuis, als uitoefenende de ouderlijke macht, het daarin heeft geplaatst en, na machtiging van de kinderrechter, de gezinsvoogd aanwijzing heeft gegeven tot die opnemings.”*

82 In het Jaarboek voor de reclassering van volwassenen en kinderen, jrg. 2, p. 14; zie TAMK jrg. 4, 1925, p. 539 e.v.

kinderrechter een aanwijzing geeft tot een UHP niet zijnde een observatieplaatsing of tuchtschoolplaatsing, *“praktisch neerkomen op ontzetting uit de ouderlijke rechten, een ontzetting, waartegen zij zich direct zelfs niet kan verweren.”*<sup>83</sup> Ook Van De Werk ziet *“duurzame verzorging van een minderjarige buiten zijn eigen gezin niet als een doel, dat bereikt mag worden langs de weg van de gezinsvoogdij. Indien dit wel zou geschieden, dan zouden daardoor de grenzen van de wettelijke ondertoezichtstelling overschreden worden en het verschillend karakter van enerzijds de ondertoezichtstelling en anderzijds de ontheffing en ontzetting niet erkend zijn. Duurzame verzorging is echter iets anders dan een verzorging welke langdurig is... het verschil tussen de ondertoezichtstelling als wettelijke maatregel tot beperking van het gezag, en de andere wettelijke maatregelen tot ontneming van het gezag dienen scherp in het oog te worden gehouden”*<sup>84</sup>.

Zo wordt door diverse auteurs gewaarschuwd voor een te wijdverbreid gebruik van uithuisplaatsingen in het kader van de maatregel van OTS, die juist gericht is op het bieden van hulp binnen het gezin. Maar tegelijkertijd wordt door geen van hen voorgesteld om strikt aan de wet te houden en een UHP op aanwijzing van de gezinsvoogd af te keuren. Een ieder ziet hier de voordelen van, vooral voor de oudere jeugd die zelf uit huis wil of al langere tijd buiten het ouderlijk huis woont.

Het groeiend gebruik van de UHP in het kader van de OTS, zowel ter observatie of bijzondere tucht als op aanwijzing van de gezinsvoogd, leidt in de jaren dertig tot een tekort aan plaatsruimte voor minderjarigen in gestichten. Nu het instituut der OTS steeds meer inburgert in de verschillende arrondissementen, groeit het aantal ondertoezichtstellingen in combinatie met een UHP. Daarbij komen ook nog de strafrechtelijk opgelegde ondertoezichtstellingen die veelal samengaan met een voorwaardelijk opgelegde gevangenisstraf of een voorwaardelijke terbeschikkingstelling van de regering; ook deze minderjarigen worden in gestichten geplaatst, waardoor het tekort aan ‘bedden’ verder toeneemt.<sup>85</sup> De kosten van de uithuisgeplaatste jongeren worden onverwacht hoog, en er wordt zelfs voorgesteld om de mogelijkheid van observatie of bijzondere tucht in het kader van een OTS te schrappen uit de wet.<sup>86</sup> Deze ideeën houden door de grote weerstand vanuit de kinderbescherming en van de kinderrechters niet lang stand. Wel blijkt dat vanuit het Ministerie van Justitie wordt gepoogd om een onbeperkte toepassing van UHP in het kader van de OTS tegen te gaan.

83 Zie Overwater in TAMK jrg. 4, 1925, p. 539 e.v. Hij waarschuwt dan ook voor een algemeen gebruik van deze toepassing en vreest dat althans sommige kinderrechters deze maatregel zullen willen beschouwen als te behoren tot hun gewone instrumentarium. Zie ook Van Rappard in WvHR 27 februari 1924, nr. 11150, die de toestemming van een kinderrechter om buiten de ouderlijke woning verblijf te houden als sabotage van de maatregel van ontzetting ziet.

84 Zie Van De Werk (1951). Ook Knuttel (1942) is deze mening toegedaan en bestrijdt dan ook de opvatting, die de gezinsvoogdij maakt tot een panacee der kinderbescherming. Slechts Petit (1941) lijkt een andere mening toegedaan waar hij stelt dat, *“wordt de gezinsvoogdij beperkt opgevat als voogdij in het gezin, men een leegte daar brengt, waar dit werk juist voortreffelijk kan gedijen.”*

85 Zie Van Rappard (1927), die de overvolle gestichten ziet voortkomen uit een verkeerde toepassing van art. 373 oud BW (aanwijzing van de gezinsvoogd), en De Bie (1927).

86 Het rapport Welter uit 1932, dat met een reeks van bezuinigingsmaatregelen komt, stelt voor dat de artikelen 373m en 373n BW buiten werking moeten worden gesteld, waardoor het aantal verpleegden in rijksgestichten aanzienlijk zal dalen. Ook laat de minister van Justitie in 1931 een circulaire uitgaan aan de kinderrechters, waarin hij voor elke kinderrechter het bedrag vaststelt waarover deze kan beschikken ten behoeve van de toepassing van de OTS; dit wekt groot verzet, vooral bij kinderrechter De Jongh. Zie ook Doek (1972).

#### 3.5.4.4 Gebruik van OTS om tot een zwaardere maatregel te komen

Door het Gerechtshof Amsterdam wordt op 2 juni 1931 een verzoek tot OTS alsnog van de hand gewezen. De Voogdijraad wil in deze zaak graag de moeder ontzetten, maar slaagt er niet in het bewijs voor de feiten rond te krijgen. Daarom dient ze een verzoek tot OTS in. De Rechtbank wijst dit verzoek toe, maar het Gerechtshof vernietigt deze beschikking, overwegende “*dat de vertegenwoordigers van den Voogdijraad verklaard hebben, dat zij geen voldoende bewijsbaren grond hadden kunnen vinden om de ontzetting der moeder uit de voogdij te verzoeken en dat zij daarom het middel der ondertoezichtstelling hadden aangegrepen met de bedoeling, dat de gezinsvoogdes zou trachten te bewerken in overleg met de moeder en den medevoogd, dat de minderjarige elders in een gezin zou worden geplaatst, en dat, indien zooals te verwachten is, deze medewerking niet zou worden verleend, alsdan de ontzetting zou kunnen worden gevraagd op grond van art. 437 lid 1 sub 9 BW, wegens het opzettelijk niet medewerken met den gezinsvoogd; dat het Hof zich met een dergelijke vooropgezette bedoeling bij ondertoezichtstelling niet kan vereenigen, omdat de strekking van de wet, blijkens art. 373 jo 436 a BW is, den voogd zooveel mogelijk steun te verleen bij de opvoeding van den minderjarige in het gezin en dus het gezinsverband te behouden; dat echter bij den Voogdijraad aanvaarde wijze van werken er wordt uitgegaan van een plan om het gezinsverband te verbreken, hetgeen in strijd geacht moet worden met de strekking der wet; dat weliswaar het verzoek van den Voogdijraad formeel slechts strekt tot ondertoezichtstelling in den zin van art. 373 en volgende BW, doch uit het onderzoek voor den Hove en uit de overgelegde stukken niet is gebleken, dat het niet onberispelijke levensgedrag der moeder een zoodanig karakter heeft aangenomen, dat daardoor de minderjarige met zedelijken ondergang wordt bedreigd.*”<sup>87</sup>

Het Hof geeft hier duidelijk aan dat gehouden moet worden aan de strekking der wet. De toepassing van de OTS behoort te blijven binnen de grenzen van de maatregel en voor zover men deze grenzen niet rechtstreeks in de wet aantreft, moet de doelstelling van de wet in ogenschouw worden gehouden. Het is niet de bedoeling dat een OTS wordt opgelegd waar eigenlijk sprake is van een situatie die tot ontzetting zou moeten leiden. Toch blijven de Voogdijraden proberen de praktische problemen met een flexibele toepassing van de wet op te lossen. Niet alle rechters houden zich hierbij aan een strikte toepassing van de wet.

### 3.6 Conclusie

Na de inwerkingtreding van de Kinderwetten blijkt al snel behoefte te zijn aan een minder ingrijpende maatregel van kinderbescherming die de ouderlijke macht niet ontnemt, maar dit juist beoogt te voorkomen. De ontneming van de ouderlijke macht is niet altijd noodzakelijk, terwijl bepaalde gezinssituaties wel tot enige vorm van gedwongen hulpverlening aanleiding geven. De Voogdijraden zoeken naar mogelijkheden om preventief op te treden in gezinnen door bijvoorbeeld berispingen te geven en maken ook afspraken met de Armenzorg om ontheffing en ontzetting te voorkomen. Pro Juventute heeft binnen het strafrechtelijk kader een preventieve insteek door het bieden van hulp en steun aan jeugdige misdadigers die dreigen te ontsporen met behulp van de nieuw aangestelde ambtenaren voor de Kinderwetten.

---

87 Zie Gerechtshof Amsterdam 2 juni 1931, NJ 1931, p. 1080, in TAMK jrg. 10, 1931, p. 2956 e.v.

In de ons omringende landen worden speciale kinderrechtbanken en kinderrechtshouders ingevoerd, die het mogelijk maken dat minderjarigen een speciale berechting krijgen. Vanuit de Verenigde Staten komt behalve de invoering van kinderrechtbanken de gedachte van een maatregel als *probation* ons land binnenwaaien. De *probation* is in de Verenigde Staten een essentieel onderdeel van het systeem van kinderrechtbanken en is daar voor de kinderrechtshouder het belangrijkste instrument. Met het opleggen van deze maatregel wordt beoogd het kind thuis te laten wonen en het gezin begeleiding te bieden bij de verzorging en opvoeding van het kind met behulp van een *probation-officer*. Deze ontwikkelingen leiden in Nederland uiteindelijk tot een wetsvoorstel ter invoering van kinderrechtbanken en van de OTS van minderjarigen. Hoewel de *probation* in eerste instantie een strafrechtelijke maatregel betrof, wordt in Nederland ingezien dat deze maatregel civielrechtelijk juist een goede aanvulling kan zijn op de ontheffing en ontzetting die tot een ontneming van de ouderlijke macht leiden.

Op 1 november 1922 treedt de wet tot invoering van de kinderrechtshouder en van de maatregel van OTS in werking. Indien een minderjarige zodanig opgroeit dat het met zedelijke of lichamelijke ondergang wordt bedreigd, kan een kinderrechtshouder op verzoek van de ouder, bloed- of aanverwanten tot de vierde graad, de Voogdijraad, of op vordering van het OM voor de duur van maximaal een jaar onder toezicht worden gesteld. Bij het uitspreken van een OTS benoemt de kinderrechtshouder een gezinsvoogd die zoveel mogelijk aanraking moet zoeken met het kind en het gezin. De gezinsvoogd dient zich te houden aan de aanwijzingen van de kinderrechtshouder betreffende de uitvoering van de OTS. De kinderrechtshouder is zowel met de beslissing tot OTS als met de uitvoering van de OTS belast. De gezinsvoogd kan de minderjarige en de ouders aanwijzingen geven om de opvoeding in goede banen te leiden. Als ouders niet meewerken aan de aanwijzingen van de gezinsvoogd, kan dit leiden tot een grond voor ontzetting. Naast de tijdelijke maatregel van schorsing en voorlopige toevertrouwing wordt ook de voorlopige OTS ingevoerd, die hangende het onderzoek tot OTS kan worden uitgesproken. Verder kan de kinderrechtshouder de onder toezicht gestelde minderjarige voor maximaal drie maanden in een observatietehuis laten opnemen en afhankelijk van de leeftijd voor maximaal zes maanden of voor maximaal een jaar in een inrichting voor bijzondere tucht laten opnemen.

De fundamentele discussie die tijdens de totstandkoming van de Kinderwetten is gevoerd over het karakter van de ouderlijke macht en de rechtvaardiging om deze al of niet te ontnemen, wordt in de periode van de totstandkoming van de nieuwe wet ter invoering van de OTS niet gevoerd. Wel wordt gesproken over de praktische doelstellingen die de wetgever met de invoering van de OTS beoogt. Behalve de bestrijding van de verwaarlozing en criminaliteit van kinderen, dat ook al werd aangevoerd als doelstelling van de invoering van de ontheffing en ontzetting, is het zoveel mogelijk handhaven van de ouderlijke macht en het zo min mogelijk interveniëren in de ouderlijke macht een doelstelling van de OTS. Als vroegtijdig wordt ingegrepen in het gezin en binnen het gezin hulp en steun wordt geboden door een gezinsvoogd, kan dit een verdere inbreuk op het gezinsleven door het uitspreken van een ontheffing of een ontzetting voorkomen. De OTS is dan ook vooral bedoeld om kind en ouders niet te scheiden, al heeft de kinderrechtshouder de wettelijke mogelijkheid om een minderjarige voor korte tijd ter observatie of in een tuchtschool te plaatsen.

Deze doelstelling leidt er in de praktijk toe dat de maatregel van OTS veelvuldig wordt toegepast, zelfs in gevallen waar een ontheffing of een ontzetting meer op zijn plaats zou zijn. De kinderbeschermingsmaatregelen van ontheffing en ontzetting hebben vanuit de samenleving een stigmatiserende werking. Het zijn onderende maatregelen waarbij de ouder die uit de ouderlijke macht is ontzet ook zijn actief en passief kiesrecht verliest. Ook een ontheffing wordt door ouders ervaren alsof zij hebben ‘gefaald’, een OTS blijkt immers in hun situatie niet voldoende om de minderjarige te beschermen. Als eenmaal een ontheffing of ontzetting is uitgesproken, lijkt men voor de rest van zijn leven een stempel te dragen van slechte ouder en ziet men zelden zijn kind uiteindelijk weer thuisgeplaatst. Dit is een reden waarom ook ouders veelal bereid zijn om aan een OTS mee te werken. Zij stellen alles in het werk om de stigmatiserende maatregel van ontheffing en ontzetting te voorkomen. Dit is een extra impuls aan de praktijk waar voornamelijk een OTS wordt opgelegd voordat een ontheffing of ontzetting wordt uitgesproken. De OTS, waarvan de rechtsgrond door de wetgever toch al ruim is omschreven, lijkt zo op vele terreinen toepasbaar.

Ook wordt de UHP bij een OTS veel vaker toegepast dan de wetgever voor ogen had. De kinderrechter geeft naast de mogelijkheid tot plaatsing van de minderjarige ter observatie of in een tuchtschool ook aanwijzingen tot plaatsing van de minderjarige elders, bijvoorbeeld in een pleeggezin, hoewel dit wettelijk niet is geregeld. Verder wordt de UHP op aanwijzing van de gezinsvoogd door de Hoge Raad gesanctioneerd; zonder dat de kinderrechter over een UHP oordeelt, kan de gezinsvoogd ouders de aanwijzing geven dat hun kind elders moet wonen. Ouders en minderjarigen kunnen tegen een aanwijzing van de gezinsvoogd geen hoger beroep instellen als de aanwijzing door de kinderrechter wordt bekrachtigd en hebben dan ook een zeer zwakke rechtspositie. Alleen de Voogdijraad kan tegen deze beslissing in beroep gaan. Evenmin bestaan wettelijke garanties met betrekking tot de beëindiging en de termijn van de plaatsing van de minderjarige buiten het gezin.

Met name Overwater spreekt zich veelvuldig uit tegen een te ruime toepassing van de maatregel van OTS. Hij vindt dat de natuurlijke begrenzing van de OTS meebrengt, dat algehele duurzame verwijdering uit de ouderlijke sfeer buiten de grenzen van de OTS valt. De ouderlijke macht dient niet verbroken te worden en het kind moet zoveel mogelijk in het ouderlijk milieu worden gehouden.<sup>88</sup> Net als De Bie is hij voorstander van het invoeren van een regeling tot gedwongen ontheffing naast de maatregel van OTS. Ongeschikte en onmachtige ouders zouden dan ook tegen hun wil kunnen worden ontheven uit de ouderlijke macht. De maatregel van OTS hoeft zodoende niet op een oneigenlijke wijze te worden gebruikt.<sup>89</sup> Helaas wordt dit standpunt door velen niet voorgestaan en is men meer gericht op het oplossen van praktische problemen door flexibel gebruik van de bestaande kinderbeschermingsmaatregelen, dan de grenzen bij de toepassing van de rechtsgronden scherp in acht te houden.

De rechtsgrond voor het uitspreken van een OTS is niet op de ouders gericht, maar op de bescherming van de minderjarige. De rechtsgrond is zeer open geformuleerd en geeft de rechter dan ook veel beoordelingsvrijheid. In vele situaties blijkt de rechtsgrond voor OTS toepasbaar te zijn, al hoeden de kinderrechtshouders zich er voor om de OTS al te ruim toe te passen. Gepoogd wordt om oneigenlijk gebruik van zowel de OTS als van de ontheffing en ontzetting te

---

88 Zie Overwater in TAMK, jrg. 9, 1930, p. 2458-2461 en p. 2478-2480.

89 Zie Overwater in TAMK, jrg. 8, 1929, p. 2169-2171.

voorkomen, al is niet altijd duidelijk wanneer nu precies sprake is van oneigenlijk gebruik. Anders dan bij de invoering van de Kinderwetten wordt op de open norm voor een OTS nauwelijks kritiek geuit en ook tijdens de parlementaire behandeling van de wet vindt de rechtsgrond nauwelijks tegenspraak. De wetgever kiest er bewust voor om veel ruimte te laten aan de kinderrechter die over een OTS oordeelt. De rechterlijke macht lijkt in deze periode meer gebruik te maken van deze ruimte dan in de periode vlak na de inwerkingtreding van de Kinderwetten. Dit valt bijvoorbeeld af te leiden uit de eerder besproken jurisprudentie betreffende het herstel in de ouderlijke macht en uit de uitspraken over het geven van een aanwijzing tot UHP. De discussie over de verhouding tussen de maatregel van OTS en ontheffing, die later nog uitvoerig gevoerd zal worden, vindt hier zijn oorsprong.





## 4 Invoering en toepassing gedwongen ontheffing en uithuisplaatsing bij OTS

### 4.1 Inleiding

Na de inwerkingtreding van de wet tot invoering van de kinderrechter en de OTS is gebleken dat al snel duidelijk wordt dat de toepassing van de kinderschermingsmaatregelen niet geschiedt zoals de wetgever dit voor ogen had. Bij een OTS wordt vaak gebruik gemaakt van een UHP, anders dan de wettelijk geregelde observatieplaatsing of de plaatsing in een tuchtschool, op aanwijzing van de gezinsvoogd of de kinderrechter. De rechtswaarborgen van de ouders en de minderjarige die met deze vorm van UHP te maken krijgen, ontbreken omdat hierover wettelijk niets is geregeld. Deze toepassing leidt er ook toe dat de OTS, bedoeld als maatregel met een preventief karakter om de minderjarige bij de ouders te laten wonen en tijdelijk hulp te bieden aan het gezin, steeds vaker gebruikt wordt in situaties waar een zwaardere maatregel misschien meer op zijn plaats zou zijn. Soms is het echter niet mogelijk om een zwaardere maatregel op te leggen als niet aan de gronden voor ontzetting is voldaan (er is geen sprake van verwijtbaar gedrag van ouders) en ouders zelf niet instemmen met een ontheffing. Voor deze situaties wordt nu een OTS toegepast, met als gevolg dat de oorspronkelijke doelstelling van de OTS, namelijk om ouders en kind zo min mogelijk en zo kort mogelijk te scheiden, naar de achtergrond verdwijnt en een andere doelstelling, namelijk om zo licht mogelijk in te grijpen en de ouderlijke macht zo min mogelijk te ontnemen, voorop staat.

De rechter, die zoals eerder is beschreven van de wetgever veel beoordelingsruimte heeft gekregen bij de toepassing van de OTS, gebruikt deze ruimte dan ook om een OTS in veel verschillende situaties uit te spreken. De OTS wordt als het ware als ‘containermaatregel’ gebruikt voor problematische gezinssituaties variërend van licht tot zwaar, van lichte pedagogische bijstand aan een gezin of begeleiding na herstel van de ouderlijke macht tot een UHP van de minderjarige waarbij een OTS vele malen voor de duur van een jaar wordt verlengd. De wetgever reageert op deze ontwikkelingen door tweemaal een wetswijziging door te voeren met de bedoeling om de grenzen tussen de verschillende wettelijke maatregelen scherp te houden en oneigenlijk gebruik van de OTS met UHP tegen te gaan. Dit leidt tot een uitbreiding van het wettelijk pakket van maatregelen ter bescherming van het kind. Na de beide wetswijzigingen in 1947 en 1956 is het Nederlandse maatregelenpakket compleet en zal het tot op heden, op enkele rechtspositionele verbeteringen na, qua samenstelling ongewijzigd blijven.

### 4.2 De wet van 10 juli 1947

#### 4.2.1 *Het wetsontwerp*

Al jaren wordt op de noodzaak van een redactionele herziening van het jeugdrecht gewezen. In 1933 wordt dan ook door minister van Justitie Van Schaik een commissie ingesteld van het Algemeen College van Toezicht, Bijstand en Advies

voor het Rijkstucht- en opvoedingswezen, die na ruim twee jaar in februari 1936 een volledig ontwerp tot wijziging van het jeugdrecht aanbiedt.<sup>1</sup> Behalve de redactionele herzieningen behelst het ontwerp ook naar aanleiding van de eerder geschetste ontwikkelingen onder andere een herziening in de regeling van UHP in het kader van een OTS en een nieuwe regeling voor gedwongen ontheffing. De minister van Justitie neemt het ontwerp van de commissie bijna in zijn geheel over. Het zal vanwege het uitbreken van de oorlog nog tien jaar duren voordat dit ontwerp uiteindelijk, enigszins gewijzigd, wet wordt op 10 juli 1947.<sup>2</sup>

Het wetsontwerp bevat verscheidene veranderingen in de regeling van de kinderbeschermingsmaatregelen. De regeling van de uitoefening van de ouderlijke macht wordt in die zin gewijzigd, dat de ouderlijke macht ten aanzien van de persoon van de minderjarige voortaan niet meer door de vader alleen, maar door beide ouders gezamenlijk zal worden uitgeoefend. Bij verschil van inzicht zal echter de wil van de vader beslissend zijn.<sup>3</sup> Ook de moeder kan nu, desnoods tegen de wil van de vader, de benoeming van een gezinsvoogd verzoeken.

Verder wordt de controle op het huwelijk van ondertoezichtgestelde minderjarigen geregeld. Een minderjarige kon zich namelijk aan het toezicht van de kinderrechter en de gezinsvoogd in het kader van een OTS onttrekken door te trouwen met instemming van de ouders. *“Het is een leemte in de wet, dat minderjarigen, te wier opzichte zekere opvoedingsmaatregelen (ondertoezichtstelling; terbeschikkingstelling) zijn genomen, welke bij hun meerderjarigheid van rechtswege eindigen, zich aan dezelve kunnen onttrekken door het aangaan van een huwelijk, waardoor immers aan hun minderjarigheid een einde komt. In het ontwerp zijn eenige bepalingen opgenomen, die ten doel hebben dezen eigenaardigen vorm van wetsonduiking onmogelijk te maken.”*<sup>4</sup> Om dit tegen te gaan en controle te houden wordt een regeling ingevoerd die het OM de bevoegdheid geeft om het huwelijk te stuiten van minderjarigen die onder toezicht zijn gesteld. Het OM kan een dergelijk huwelijk stuiten als het belang van de ondertoezichtgestelde zich tegen het sluiten van het huwelijk verzet en een overwegend belang van de niet ondertoezichtgestelde partij (bijvoorbeeld zwangerschap) het huwelijk niet eist.<sup>5</sup>

Het wetsontwerp houdt nog meer veranderingen in met betrekking tot de kinderbeschermingsmaatregelen. Kinderen die onder voogdij van een vereniging staan, kunnen niet langer onder toezicht worden gesteld. De instelling die de voogdij over een minderjarige heeft, kan in de nieuwe regeling worden ontzet op grond van nalatigheid in het doen van de wettelijk voorgeschreven opgaven betreffende haar pupillen aan de Voogdijraad en het belemmeren of verhinderen van het toezicht van de Voogdijraad op die pupillen of van de periodieke bezoeken van de toeziende voogd.<sup>6</sup> Het verplichte verhoor van bloed- en aanverwanten verdwijnt. Verder zullen alle beschikkingen van de kinderrechter uitvoerbaar bij

---

1 De commissieleden zijn Kirberger, Lewe van Nijenstein, De Bie, Scheltus en Baroness van Verschuer.

2 Stb. 1947, H 232.

3 *Kamerstukken II*, 1936-1937, Bijlagen, 387, nr. 3 (MvT).

4 *Kamerstukken II*, 1936-1937, Bijlagen, 387, nr. 3 (MvT), par. 9 (p. 33).

5 Zie art. 120 oud BW, waarin stuiting van het huwelijk van een ondertoezichtgestelde minderjarige door het OM wordt geregeld. Deze regeling geldt ook voor een huwelijk van een voorlopig aan de Voogdijraad toevertrouwde minderjarige.

6 Zie art. 419a oud BW.

voorraad zijn; zo ook de vastzetting krachtens artikel 373n oud BW.<sup>7</sup> Tegen alle beschikkingen, behalve die tot voorlopige OTS, krijgt de ouder het recht van hoger beroep. Dit betekent een verbetering in de rechtspositie van de ouder. Deze kan nu ook hoger beroep instellen tegen een beschikking tot observatieplaatsing en kan zelfstandig beroep aantekenen tegen een beslissing van de kinderrechter inzake een meningsverschil tussen een ouder en een gezinsvoogd (de regeling dat slechts de Voogdijraad op deze beslissingen hoger beroep kan instellen verdwijnt). De kosten van observatie zullen niet langer door de overheid, maar door de ouders of door de minderjarige betaald moeten worden.

Ook de regeling van de voorlopige toevertrouwing van minderjarigen aan de Voogdijraad door de Officier van Justitie ondergaat een belangrijke wijziging. De Officier van Justitie kan op grond van feiten die tot een ontzetting of tot de nieuw in te voeren gedwongen ontheffing van een ouder kunnen leiden, minderjarigen aan het ouderlijk gezag onttrekken en voorlopig toevertrouwen aan de Voogdijraad. Volgens de nieuwe regeling moet de Officier van Justitie binnen veertien dagen bekrachtiging van de voorlopige toevertrouwing van de rechtbank vorderen. Bij gebreke van het verzoek tot bekrachtiging vervalt de maatregel. *“Men bereikt op deze wijze, dat toevertrouwingen niet meer, zooals thans, geruimen tijd kunnen duren zonder dat de ouders of de voogd de gelegenheid krijgen zich bij den rechter te verantwoorden over ernstige feiten, die men hun te laste legt... in ieder geval is de zaak op deze wijze tijdig aan het oordeel van den rechter onderworpen, die zal kunnen beslissen, dat er geen aanleiding tot ontzetting bestaat. De mogelijkheid van willekeur, die het oude stelsel van voorloopige toevertrouwing bleek te bevatten, wordt hier op juiste wijze voorkomen.”*<sup>8</sup>

Het wetsvoorstel bevat behalve bovenbesproken regelingen ook enkele meer ingrijpende wijzigingen van de OTS en de ontheffing. Zij beogen vooral het tegengaan van de langdurige uithuisplaatsingen in het kader van een OTS en het meer sluitend maken van het systeem van kinderbeschermingsmaatregelen. Deze voorstellen worden uitgebreid besproken door de minister van Justitie, de Vaste Commissie en door de kamerleden. Uit deze discussie blijkt weer het verschil in standpunt tussen de minister, die de UHP in principe in strijd acht met de OTS, en de geluiden vanuit de kinderbeschermingspraktijk, waar het als nuttig en zinvol wordt gezien om ter voorkoming van een ontheffing of ontzetting een OTS met UHP uit te voeren, ook als deze voor langere tijd is.

#### 4.2.2 Gedwongen ontheffing

Het wetsvoorstel biedt een regeling voor ontheffing van de ouder die is belast met de ouderlijke macht ondanks het feit dat deze zich tegen een ontheffing verzet. De gedwongen ontheffing is de laatste vorm van interventie in het gezin ter

---

7 Zie Doek (1972); omdat vastzetting niet uitvoerbaar bij voorraad was, bood deze vorm van UHP niet de mogelijkheid om lik op stuk te geven.

8 Zie Overwater (1927); dit betekent echter niet dat langdurige toevertrouwing van kinderen aan de Voogdijraad niet meer voorkomt, omdat een eindbeslissing op het ontzettingsverzoek slechts mogelijk is wanneer tevens in de voogdij over kinderen kan worden voorzien. Voogdij over vooral afwijkende kinderen zal niet altijd even gemakkelijk kunnen worden gevonden. Zie ook Rb. Utrecht 12 oktober 1949, NJ 1950, 420: nadat de minderjarigen al tien maanden voorlopig waren toevertrouwd aan de Voogdijraad, heeft de kinderrechter verdere verlenging van de voorlopige toevertrouwing afgewezen omdat dit “zou strijden met de goede rechtsorde en met de bedoeling van de huidige wet.”

bescherming van de minderjarige zoals deze in de wet wordt ingevoerd en hiermee is het pakket van kinderbeschermingsmaatregelen in de wet compleet. De kinderbeschermingsmaatregelen zullen de komende vijftig jaar qua samenstelling niet meer veranderen.

Artikel 374b lid 2 oud BW betreft een regeling die het onder bepaalde omstandigheden mogelijk maakt om tot gedwongen ontheffing te komen. *“Reeds lang werd in de praktijk de behoefte aan deze mogelijkheid gevoeld... Sedert de wet van 5 juli 1921... is immers gebleken, dat bij onmacht of ongeschiktheid van de ouders om hun plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen de steun van den gezinsvoogd vaak onvoldoende is om een kind voor zijn zedelijken ondergang te bewaren, terwijl gronden om deze ouders tegen hun wil van hun gezag te ontzetten nochtans kunnen ontbreken... de praktijk heeft zich in dergelijke gevallen weten te redden door een minderjarige toch voor geruimen tijd buiten het eigen gezin te doen opvoeden. Deze toepassing is... door de Hoge Raad gesanctionneerd... Al was deze praktijk soms voor de belangen van bepaalde minderjarigen bevorderlijk, toch bestaat daartegen wel bedenking. Immers, de ondertoezichtstelling, bedoeld om het kind in het gezin tot zijn recht te laten komen, wordt aldus gebruikt om het kind tegen den wil der ouders elders te doen opvoeden, en dus aan het feitelijk gezag der ouders te onttrekken... de onderhavige herziening der kindernetwetgeving dient te worden aangegrepen om de bovengeschetste praktijk door een bijzondere, met de noodige waarborgen omkleede, wettelijke regeling overboodig te maken.”*<sup>9</sup> Dit alles maakt duidelijk dat de nieuwe regeling van een gedwongen ontheffing een poging is om de zonder rechtswaarborgen omklede langdurige uithuisplaatsingen in het kader van de OTS tegen te gaan en zodoende tot een meer sluitend systeem van maatregelen te komen. De wetgever staat geen langdurig gebruik van de OTS (met UHP) voor als toch al duidelijk is dat het kind niet binnen aanzienlijke termijn naar het ouderlijk huis terug kan. Voor deze gevallen zou een gedwongen ontheffing dienen te worden toegepast, waardoor ook de ouders meer rechtsmiddelen voorhanden staan. Zij kunnen dan wel ondanks verzet worden ontheven, maar alleen als aan de gronden is voldaan. Er is meer duidelijkheid voor ouders en de grenzen tussen de verschillende kinderbeschermingsmaatregelen zijn beter afgebakend. De wetgever beoogt het oneigenlijk gebruik van een langdurige OTS met UHP tegen te gaan.

Er worden drie uitzonderingen voorgesteld op het uitgangspunt dat een ouder bij verzet niet kan worden ontheven. Allereerst is dit de uitzondering dat een krankzinnige ouder ook tegen zijn wil ontheven kan worden. Bij ontheffing van een krankzinnige ouder zal namelijk van bewust verzet tegen de verzochte of gevorderde ontheffing geen sprake zijn. De vraag is echter of van iemand, die door zijn geestesstoornis zijn wil niet redelijk kan bepalen, wel gezegd mag worden dat hij zich niet heeft verzet. In de praktijk redde men zich door een in een inrichting verpleegde vader of moeder op te roepen voor de zitting en niet-verschijning van een ouder op te vatten als instemming, althans geen verzet. Om een oplossing te bieden aan de rechtsvraag of ontheffing van de krankzinnige ouder mogelijk is, wordt voorgesteld het wettelijk mogelijk te maken om krankzinnige ouders of voogden ook tegen hun wil te ontheffen. *“Gezien de praktijk, die in zulke gevallen voorziening soms noodzakelijk doet zijn, moet aan het geven van een ondubbelzinnige wettelijken grondslag aan de door vele rechterlijke colleges reeds erkende bevoegdheid om onder bedoelde omstandigheden ontheffing uit te*

---

9    *Kamerstukken II, 1936-1937, Bijlagen, 387, nr. 3 (MvT), p. 32.*

spreken, de voorkeur worden gegeven. Hiertegen kan te minder bezwaar bestaan, daar na herstel van gezondheid ook herstel in de ouderlijke macht steeds mogelijk blijft.”<sup>10</sup>

Een tweede mogelijkheid voor gedwongen ontheffing is de situatie waarin de andere ouder wordt of is ontzet uit de ouderlijke macht. *“In geval van ontzetting van de eenen ouder ligt de reden tot het verleenen van deze bevoegdheid voor de hand: immers, wanneer man en vrouw samenwonen en de man wordt op grond van slecht levensgedrag (bijvoorbeeld habitueele dronkenschap) ontzet, dan zal slechts geheele verwijdering van de kinderen uit het gezin afdoende baat kunnen brengen. Zonder deze blijft de ontzetting zonder effect... wanneer de vrouw zich echter tegen ontheffing verzet, kan deze maatregel geen toepassing erlangen in tal van gevallen, waarin zij in het belang der kinderen dringend geboden is... de praktijk redde zich in deze gevallen wel door ook ontzetting van de moeder te vragen, zulks op grond van ‘verwaarloozing harer verplichtingen’... zoo werd dus, omdat het belang der kinderen verwijdering uit het gezin absoluut noodzakelijk maakte, het instituut der onteerende ontzetting wel toegepast op een wijze, waarvan het twijfelachtig mag heeten, of zij met de bedoeling der wet strookt.”*<sup>11</sup> Het feit dat de ene ouder wordt of is ontzet uit de ouderlijke macht, is een grond voor gedwongen ontheffing van de andere ouder. Omdat een ontheffing alleen kan worden verzocht door de Voogdijraad of het OM, blijft er controle op deze regeling. De Vaste Commissie maakt tegen de regeling bezwaar; ze vindt gedwongen ontheffing ‘bij of na’ ontzetting van de andere ouder te ruim geformuleerd. De Commissie stelt dat de rechter zich zo min mogelijk behoort te mengen in het gezinsleven. Het criterium wordt naar aanleiding van dit commentaar gewijzigd; gedwongen ontheffing kan worden uitgesproken *‘indien, zonder de ontheffing van den eenen ouder, de ontzetting van den anderen de kinderen niet aan diens invloed zou onttrekken.’*

Tenslotte zal een ouder ondanks verzet kunnen worden ontheven indien na een OTS van zes maanden blijkt, dat deze maatregel -door de ongeschiktheid of onmacht van een ouder om zijn plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen-onvoldoende is om het kind voor zedelijke of lichamelijke ondergang te behoeden. *“Aan deze ontworpen regeling ligt de gedachte ten grondslag, dat de Overheid, die in het belang van een minderjarige den maatregel der ondertoezichtstelling heeft getroffen, moet kunnen doortasten, wanneer na een behoorlijken termijn blijkt, dat dezelve onvoldoende is om het gestelde doel te bereiken; zij mag dan niet terugtreden en het kind aan zijn lot overlaten... blijkt de incapaciteit van ouders zoo groot, dat de steun van den gezinsvoogd geen uitkomst kan brengen, dan moet zulks tot ontheffing der ouders kunnen leiden, ook al mochten dezen zich daartegen verzetten. Het blijft overigens nog maar ontheffing, het is geen ontzetting met haar onteerend karakter.”*<sup>12</sup> Er moet derhalve eerst een OTS zijn opgelegd die niet het gewenste effect heeft gesorteerd. Dit moet niet enkel te wijten zijn aan de gezinsvoogd.<sup>13</sup> De wetgever heeft aan de ouder een kans willen geven om de moeilijkheden te overwinnen, omdat er sprake moet zijn van een mislukken van de gezinsvoogdij. *“Door de mogelijkheid van gedwongen ontheffing na mislukte OTS wordt tevens een betere wetstoepassing beoogd. Een minderjarige behoeft dan niet meer langdurig elders te worden opgevoed en aan*

10 *Kamerstukken II, 1936-1937, Bijlagen, 387, nr. 3 (MvT), p. 33.*

11 *Kamerstukken II, 1936-1937, Bijlagen, 387, nr. 3 (MvT), p. 32-33.*

12 *Kamerstukken II, 1936-1937, Bijlagen, 387, nr. 3 (MvT), p. 32.*

13 Zie ook *Kamerstukken II, 1939-1940, Bijlagen, 55, nr. 1 (MvA), p. 4.*

*het gezag der ouders te worden onttrokken krachtens de OTS. Deze noodzakelijk gebleken wijze van opvoeding kan op een andere juistere en van betere waarborgen voorziene wijze behartigd worden dan door het gebruik van de bepalingen der OTS. In een aantal gevallen zal de gedwongen ontheffing hiertoe aangewezen zijn. Het onderscheid tussen deze beide, in wezen verschillende instellingen, kan beter tot zijn recht komen.”*<sup>14</sup> De wetgever wil het gebruik van de OTS beperken, vooral als hierbij ook sprake is van (langdurige) UHP. Als na een half jaar OTS duidelijk is dat het beoogde resultaat, namelijk de bedreiging voor de minderjarige wegnemen zodat de minderjarige en de ouders bij elkaar kunnen blijven, niet haalbaar is, dient een gedwongen ontheffing te volgen. Door het invoeren van deze nieuwe regeling wordt gepoogd om het veelvuldig en gevarieerd gebruik van de OTS in te perken. Dit is niet de enige nieuwe regeling in het wetsvoorstel die een meer duidelijke begrenzing van de OTS voorstaat.

#### 4.2.3 *Het ouderlijk tuchtrecht*

Het wetsontwerp stelt voor de correction paternelle, die in 1921 uit de wet is verdwenen, opnieuw in te voeren. Als motivering wordt met één zin volstaan: *“de wederinvoering van de... correction paternelle is gewenscht... het komt namelijk voor, dat een onmiddellijk werkende, zeer straffe behandeling voor een kind heilzaam is, en daarom moet een ouder, die zijn kind zoodanige behandeling wil doen ondergaan, de gelegenheid daartoe geboden worden.”*<sup>15</sup> Het voorstel om deze vorm van tuchtrecht van ouders weer in te voeren stuit bij sommige leden van de Vaste Commissie op krachtig verzet. *“Alles wat men met deze ‘correction’ wil bereiken, zoo meenden deze leden, kan ook worden bereikt langs den weg der ondertoezichtstelling en dan op beter wijze. Stelt men het kind onder toezicht, dan kan immers eerst observatie worden toegepast... bij de ‘correction’ daarentegen heeft wel vastzetting plaats, doch is geen observatie mogelijk.”*<sup>16</sup> Verder biedt een OTS volgens deze leden de mogelijkheid om binnen het gezin verbeteringen aan te brengen; dit is bij de correction paternelle niet het geval. Tenslotte *“kan het vooral voor ouders, doch ook voor den kinderrecht, verleidelijk zijn naar dit middel te grijpen in plaats van het kind onder toezicht te stellen. De ouders behoeven dan geen inmenging van een gezinsvoogd te dulden; de rechter behoeft zich niet in te spannen om een geschikten gezinsvoogd te vinden en telkens in overleg met hem na te gaan, wat het belang van het kind eischt.”*<sup>17</sup> Enkele andere leden stemmen wel in met het voorstel tot wederinvoering van de correction paternelle. Zij bestrijden de gedachte van de tegenstanders dat de OTS kan worden gebruikt voor gevallen waar de correction paternelle voor bedoeld is (voor lastige kinderen). Zij betogen dan ook dat het instituut der OTS verder wordt opgerekt dan de bedoeling die de wetgever daarmee heeft gehad, indien men het toepast teneinde het kind onmiddellijk in een gesticht te plaatsen. De OTS dient volgens hen juist om te pogen het kind in het gezin te laten en het niettemin van de ondergang te redden. De minister van Justitie beaamt dit laatste standpunt en staat voor dat vastzetting in het kader van een OTS pas na enige tijd kan geschieden; onmiddellijke vastzetting is in strijd met de bedoeling van de OTS.<sup>18</sup>

---

14 De Bie/Van de Werk (1958), p. 140 e.v.

15 *Kamerstukken II*, 1936-1937, Bijlagen, 387, nr. 3 (MvT), artikelsgewijze behandeling, p. 44.

16 *Kamerstukken II*, 1938-1939, Bijlagen, 43, nr. 1 (VV), p. 7.

17 Zie vorige noot.

18 *Kamerstukken II*, 1939-1940, Bijlagen, 55, nr. 1 (MvA), p. 6.

In 1946 wordt het voorstel tot wederinvoering van de correction paternelle uiteindelijk toch ingetrokken door de minister van Justitie omdat een overgrote meerderheid van de Vaste Commissie hierop aandringt en door de kinderrechtters en de organisaties tot kinderbescherming ernstig bezwaar wordt gemaakt. Het oorspronkelijke voorstel kan gezien worden als poging om een te wijdverbreid gebruik van de OTS tegen te gaan. De OTS zou niet moeten worden gebruikt in situaties waar duidelijk is dat het kind uit huis moet omdat het thuis niet langer te handhaven is. Uiteindelijk wordt toch de weg van de OTS gekozen voor deze gevallen, omdat de gezinsvoogdij daadwerkelijk hulp kan bieden waar de correction paternelle het alleen mogelijk zou maken om een kind in een tuchtschool te plaatsen. Maar bovenstaande discussie maakt duidelijk dat men nog steeds bezig is om de grenzen scherp te stellen van de OTS en de verderstrekkende maatregelen ontheffing en ontzetting. De OTS is oorspronkelijk niet bedoeld om minderjarigen direct uit huis te plaatsen, maar om minderjarigen te beschermen en hulp te bieden aan het gezin. Oudere minderjarigen die niet thuis kunnen blijven wonen omdat ouders zich geen raad meer weten, konden tot 1921 door hun ouders in een tuchtschool worden geplaatst. Na 1921 wordt de OTS ook voor deze moeilijk opvoedbare minderjarigen gebruikt. Praktisch gezien biedt de OTS veel mogelijkheden, maar strikt juridisch gezien gaat het niet om minderjarigen die met de ondergang worden bedreigd en beschermd moeten worden. Het zijn juist minderjarigen die bijzondere tucht nodig hebben. Aangezien de rechtsgrond voor een OTS echter zeer ruim is, kan men toch instemmen met de opvatting van Overwater, die stelt dat *“wanneer de verhouding tusschen ouder en kind zoo scherp is geworden, dat de ouder meent, dat het in een tuchtschool behoort te worden opgenomen, er dan stellig ook grond is aan te nemen, dat het kind met zedelijken of lichamelijken ondergang wordt bedreigd.”*<sup>19</sup> Uiteindelijk zwicht de wetgever voor de toepassing van de OTS voor deze veelal oudere minderjarigen van wie de ouders meestal instemmen met een UHP. Deze discussie over de ruime toepassing van de OTS vindt men ook terug bij de bespreking over de UHP in het kader van de OTS.

#### 4.2.4 Wettelijke beperking van de UHP

Zoals de bedoeling van de wetgever om strikt aan de juridische grenzen van de kinderbeschermingsmaatregelen vast te houden al duidelijk werd in de voorstellen tot gedwongen ontheffing en wederinvoering van de correction paternelle, zo blijkt deze bedoeling ook weer bij de voorstellen tot wijziging van de regeling tot UHP in het kader van een OTS. Allereerst wordt verlenging van plaatsing in een tuchtinrichting slechts voor eenmaal zes maanden mogelijk. *“...De onbepaalde verlengingsmogelijkheid levert het gevaar op, dat de vastzetting zal ontaarden, eenerzijds in een duurzame opvoeding, samengaande met vrijheidsberooving, en anderzijds in een onttrekking van den minderjarige aan zijn ouders, hetgeen niet past in het kader der ondertoezichtstelling.”*<sup>20</sup> Verder kan de observatietermijn door de kinderrechter nog maar eenmaal met drie maanden worden verlengd.

Ook wordt door de wetgever duidelijk gemaakt hoe gedacht wordt over de UHP op aanwijzing van een gezinsvoogd, zoals dit in de praktijk al geaccepteerd is en veelvuldig wordt toegepast. *“Het eenvoudigste zou zijn de mogelijkheid uit te sluiten, dat onder toezicht gestelde kinderen... door den gezinsvoogd buiten de*

---

<sup>19</sup> Zie Overwater (1937).

<sup>20</sup> *Kamerstukken II, 1936-1937, Bijlagen, 387, nr. 3 (MvT), artikelsgewijze behandeling, p. 46.*



*ouderlijke woning worden geplaatst. Een dergelijk verbod zou echter in sommige gevallen te ver gaan. Er zijn toch gevallen denkbaar, waarin de plaatsing buiten de ouderlijke woning vooral van oudere minderjarigen niet slechts geoorloofd, doch zelfs noodzakelijk is; men denke bijv. aan een jongen, geplaatst op een opleidingsschip of intern in een bedrijf; of aan een meisje, dat voor dag en nacht of als leerling-verpleegster in betrekking gaat. Daarom is afgezien van zulk een algemeene verbodsbepaling in de verwachting, dat, indien al een gezinsvoogd de thans nog geldende leer zou willen toepassen, de rechter elk misbruik zal weten te keeren.”*<sup>21</sup> Het gaat de minister te ver om een algemene verbodsbepaling in te voeren die plaatsing op aanwijzing van de gezinsvoogd onmogelijk maakt. Maar duidelijk is wel dat de OTS niet bedoeld is om minderjarigen uit huis te plaatsen. Alleen voor oudere minderjarigen zou een uitzondering hierop mogelijk moeten zijn (net zoals bij de wederinvoering van de correction paternelle vooral aan oudere minderjarigen werd gedacht).

De Vaste Commissie stemt in met het feit dat is afgezien van een dergelijk verbod, maar neemt uitdrukkelijk afstand van de verklaring die de minister hierbij geeft. *“Plaatsing buiten het gezin kan toch noodig zijn niet alleen met het oog op de opleiding van het kind, doch ook om andere redenen... toch behoeft er dan geenszins altijd reden te bestaan voor ontheffing... erkennende, dat de weg der ontheffing of die der ontzetting gekozen dient te worden, waar deze kan worden gevolgd zonder de belangen van het kind te schaden, is de commissie dan ook van oordeel, dat de mogelijkheid tot plaatsing buitenshuis krachtens gezinsvoogdij behouden dient te blijven voor die gevallen, waarin ontheffing of ontzetting niet of niet zonder schade voor het kind kan plaats vinden en waarin verwijdering uit het gezin toch noodzakelijk is.”*<sup>22</sup> De Vaste Commissie staat in deze opvatting niet alleen; zoals eerder besproken zijn vele rechtsgeleerden en praktijkwerkers uit deze tijd dezelfde mening toegedaan. Knuttel zegt over het standpunt dat de minister inneemt: *“het komt mij voor, dat hier een veel te enge grens om het gebied der gezinsvoogdij wordt getrokken, temeer daar hier zelfs een tijdelijke plaatsing buiten de ouderlijke woning uit deze hoofde in principe wordt afgekeurd. Ik zie hier juist een uitgebreid terrein voor prachtig gezinsvoogdijwerk... voor ouderen kan ook een meer duurzame verwijdering mijns inziens binnen de grens der gezinsvoogdij vallen, omdat het hier niet gaat om een vrijheidsberooving of een dwangmaatregel tegen den wil der betrokkenen.”*<sup>23</sup> De minister blijft vervolgens aan zijn standpunt vasthouden, en stelt dat de grenzen tussen OTS enerzijds en ontheffing en ontzetting anderzijds niet verdoezeld moeten worden. Het instituut der gezinsvoogdij dient niet in discrediet te worden gebracht door het niet meer vasthouden aan de juridische grenzen tussen de verschillende maatregelen.

Na de Tweede Wereldoorlog lijkt deze discussie niet meer zo van belang. De minister van Justitie ziet op dat moment weinig reden tot uitvoerige discussie, nu een ieder het eens is over het feit dat er geen algeheel verbod op de aanwijzing van de gezinsvoogd tot het verblijf van de minderjarige buitenshuis moet komen. Hij kan zich wel in het standpunt van de vorige minister van Justitie vinden, maar is van mening dat het er voornamelijk op aankomt, dat de bestaande praktijk gehandhaafd kan blijven.

---

21 *Kamerstukken II, 1936-1937, Bijlagen, 387, nr. 3 (MvT), p. 46.*

22 *Kamerstukken II, 1938-1939, Bijlagen, 43, nr. 1, p. 16.*

23 Zie Knuttel (1942).

#### 4.2.5 Proefherstel

Tenslotte is bij de inwerkingtreding van de wet van 1947 de wettelijke mogelijkheid tot proefherstel ingevoerd. Als beweegreden geeft de minister aan dat art. 274l lid 2 oud BW de mogelijkheid tot proefherstel opent, *“een mogelijkheid die thans niet bestaat, maar die een praktische behoefte is. De praktijk heeft zich op dit punt zelfs al geholpen, want het komt meermalen voor, dat kinderen -voordat een verzoek tot herstel wordt ingediend- op proef bij de ontheven of ontzette ouders geplaatst worden. Deze oplossing is echter niet fraai, omdat aldus ouders, die hun gezagsuitoefening door rechterlijke beschikking verloren hebben, zonder eenige rechterlijke tusschenkomst weer met die gezagsuitoefening belast worden- al is het dan ook maar bij wijze van proef.”*<sup>24</sup> Hangende het onderzoek naar herstel kan zowel de Voogdijraad als de te herstellen ouder aan de rechtbank verzoeken haar beslissing aan te houden tot het einde van een door haar te bepalen proeftijd van ten hoogste zes maanden, gedurende welke het kind bij de te herstellen ouder zal blijven.

De invoering van het proefherstel is een reactie op de problemen die in de praktijk zijn gebleken bij toepassing van de wettelijke mogelijkheid tot herstel van de ouderlijke macht of voogdij. Als de rechter tot herstel besliste, ontbrak de mogelijkheid tot nazorg en was er geen sprake van een geleidelijke overstap van het kind naar het ouderlijk huis.<sup>25</sup> Dit was de reden dat wel is gepleit voor een nieuw in te voeren maatregel die tot nazorg kon dienen bij de terugplaatsing van het kind. In de praktijk werd wel gebruik gemaakt van de OTS om op deze manier hulp en begeleiding te bieden na herstel. De wettelijke invoering van het proefherstel maakt duidelijk dat het gebruik van de OTS voor deze situaties door de wetgever nu impliciet wordt afgekeurd.

### 4.3 De wet van 20 juli 1955

#### 4.3.1 Inleiding

Na de inwerkingtreding van de wet in 1947, waarbij geen algeheel verbod op een UHP van een minderjarige op aanwijzing van een gezinsvoogd wordt ingevoerd, wordt deze vorm van UHP opnieuw in de rechtspraak gesanctioneerd. Op 19 januari 1949 beslist het Gerechtshof Amsterdam dat een achtjarig kind, dat sinds april 1948 wegens acute moeilijkheden in een ander gezin woont op aanwijzing van de gezinsvoogd, weer bij de vader dient te worden teruggeplaatst. Het Hof overweegt daarbij *“dat bij voortduring dient te worden bedacht, dat de ondertoezichtstelling zelve reeds is een ingrijpende maatregel, die uiteraard, gelijk de gezinsvoogdes betoogde, niet is een strafmaatregel en ook niet krenkend voor de ouders, maar mogelijk wel grievend voor het gerechtvaardigd gevoel van eigenwaarde van menig ouder, zijn gevoel van eigen verantwoordelijkheid voor zijn kinderen is... dat met name de plaatsing door den gezinsvoogd van den minderjarige in een vreemd gezin tegen den wil van den ouder, in wiens handen de taak der opvoeding berust, is een zeer ingrijpende dwangmaatregel, die, tenzij in bijzondere omstandigheden, het Hof zich niet goed anders kan denken dan als uiterste middel ter voorkoming van -of als overgangsmaatregel tot- ontheffing of*

24 *Kamerstukken II*, 1936-1937, Bijlagen, 387, nr. 3 (MvT), art. 374l BW.

25 Zie hfst. 3, par. 5.2.1.

ontzetting.”<sup>26</sup> Bij deze overweging lijkt het Hof de opvatting van de minister van Justitie ten opzichte van de UHP op aanwijzing van een gezinsvoogd, zoals duidelijk werd in het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de wet van 10 juli 1947, meer voor te staan dan de mening van de Vaste Commissie en kamerleden hierover.

Op 28 juni 1950 moet het Amsterdamse Gerechtshof weer beslissen in een meningsverschil gerezen tussen een ouder en een gezinsvoogd, die twee onder toezicht gestelde kinderen in een pleeggezin heeft geplaatst. De principiële vraag wordt opgeworpen of plaatsing op aanwijzing van de gezinsvoogd wel toelaatbaar is. Als de vader verzoekt om zijn kinderen weer thuis te laten wonen, overweegt het Gerechtshof dat, gezien onder andere de omstandigheid dat verzoeker reeds 65 jaar oud is, hij een onzekere maatschappelijke positie als bewaker heeft, een enkele kamer bewoont en niemand heeft om voor zichzelf noch voor zijn kinderen te zorgen en daarvoor ook de middelen niet bezit, het niet in het belang van de kinderen is om de UHP te beëindigen. Het Hof stelt daarbij dat “...de wet niet verbiedt, dat de kinderen -buiten de gevallen van de artikelen 372a en 372b BW- door de gezinsvoogd buiten de ouderlijke woning worden geplaatst en dit standpunt -met handhaving van de bestaande praktijk bij de totstandkoming van de nieuwe wettelijke regeling- uitdrukkelijk zowel door de regering als door de Tweede Kamer is ingenomen.”<sup>27</sup>

Ook de Hoge Raad sanctioneert de UHP op aanwijzing van een gezinsvoogd na de inwerkingtreding van de wet van 10 juli 1947 en op grond van de parlementaire behandeling van deze wet opnieuw. Op 17 maart 1953 overweegt de Hoge Raad met een kritische houding ten opzichte van de wetgever “dat, nu de makers dier wet (de wet van 10 juli 1947, MB), die in dier voege bestending van de bestaande praktijk voorstonden, te dezen algeheel stilzaten, van geoorloofdheid dier plaatsing in het algemeen moet worden uitgegaan en een grens of criterium daarvoor niet aan hun gedachtenwisseling valt te ontleen; dat aangenomen moet worden, dat de wetgever dien rechtstoestand aanvaard heeft ook zonder dat nog die plaatsing de regeling vond, waarborgend dat zij naar duur en anderszins het kader ener ondertoezichtstelling niet te buiten gaat en de grenzen der maatregelen van de art. 372a en 372b niet illusoir maakt, en dat hij tegenover de mogelijkheid van misbruik, niet denkbeeldig waar de doeleinden waarvoor die plaatsing wordt voorgestaan ver reiken en uiteenlopen, zich voorshands uitsluitend heeft verlaten op het verantwoordelijkheidsbesef van den kinderrechtter en in hoger beroep het Hof.”<sup>28</sup> Het noemen van de verantwoordelijkheid van de kinderrechtter en het Hof impliceert, dat het alleen kan gaan over beslissingen op grond van art. 371 lid 2 oud BW, namelijk beslissingen van de kinderrechtter tot UHP genomen naar aanleiding van een conflict tussen een gezinsvoogd en een ouder over een aanwijzing tot UHP van de gezinsvoogd. De bevoegdheid van de gezinsvoogd lijkt hiermee enigszins te worden ingeperkt en niet meer zo ruim te zijn als menigeen zou willen; het gaat niet om een UHP op aanwijzing van de gezinsvoogd zonder rechterlijke beslissing hierover.<sup>29</sup> Overwater constateert naar aanleiding van deze uitspraak van de Hoge Raad dat een behoorlijke wettelijke

---

26 Gerechtshof Amsterdam 19 januari 1949, NJ 1949, 628.

27 Zie Van de Werk (1951), die dit arrest bespreekt en het standpunt van het Gerechtshof Amsterdam hetzelfde ziet als het door de Vaste Commissie verdedigde standpunt.

28 HR 17 maart 1953, NJ 1953, 370. Zo ook de HR op 9 april 1953, NJ 1953, 641.

29 Zie de annotatie bij HR 17 maart 1953, NJ 1953, nr. 370.

regeling over de UHP op aanwijzing van de gezinsvoogd toch wel hoogst noodzakelijk is.<sup>30</sup>

Het besluit van de minister van Justitie om geen verbodsbepaling in de wet van 1947 op te nemen, bekrachtigt en bevestigt aldus de bestaande praktijk van UHP op aanwijzing van de gezinsvoogd. Nu keurt de Hoge Raad een dergelijke praktijk goed op basis van de totstandkoming van deze wet. De poging van de minister van Justitie om dergelijke uithuisplaatsingen zoveel mogelijk tegen te gaan, heeft gefaald. Het standpunt van de minister wordt juist aangehaald om deze uithuisplaatsingen goed te keuren. Het lijkt weer een poging om de verantwoordelijkheid tussen de verschillende actoren in de kinderscherming naar elkaar door te schuiven. De wetgever staat geen duidelijk standpunt voor, maar wil het overlaten aan de kinderrechter, terwijl de kinderrechter juist continueert in het goedkeuren van de UHP op aanwijzing van de gezinsvoogd omdat de minister geen duidelijk verbod in de wet heeft gezet. Dit leidt tot onduidelijkheid over de werkelijke bedoeling van de wetgever, met als gevolg dat de al bestaande praktijk van vele uithuisplaatsingen op aanwijzing van gezinsvoogden bij een OTS alleen maar meer vanzelfsprekend wordt gevonden.

#### 4.3.2 *Het wetsontwerp van 6 september 1954*

Naar aanleiding van bovenstaande ontwikkelingen, waaruit blijkt dat niet eenduidig vaststaat wat de wetgever nu beoogt betreffende de UHP op aanwijzing van de gezinsvoogd, wordt op 6 september 1954 een wetsontwerp aangeboden die op deze problematiek ingaat. In de Memorie van Toelichting wordt geconstateerd dat de vóór de inwerkingtreding van het herziene jeugdrecht bestaande praktijk zich na 1 september 1948 niet alleen heeft gehandhaafd en opnieuw door de Hoge Raad is gesanctioneerd, maar dat zelfs een belangrijke verschuiving naar de plaatsing op aanwijzing van de gezinsvoogd heeft plaatsgevonden. Deze plaatsing is niet aan een termijn verbonden, terwijl plaatsing in een tuchtschool aan een maximum termijn is verbonden van anderhalf jaar. De minister van Justitie Donker stelt: *“het voornaamste punt van verschil is natuurlijk het ontbreken van een wettelijke begrenzing van de duur der plaatsing buiten het gezin, die niet op art. 372a of b is gegrond... een andere wettelijke regeling mag dan ook niet langer worden uitgesteld.”*<sup>31</sup> De aanleiding voor de wetswijziging is dan ook om helderheid te scheppen over de mogelijkheid tot UHP in het kader van de OTS, omdat is gebleken dat de vorige wetswijziging niet duidelijk genoeg is geweest.

De vraag is hoe de UHP op aanwijzing van de gezinsvoogd in de wet moet worden geregeld. *“Voor de vraag hoe deze materie wettelijk geregeld dient te worden, is het karakter van de maatregel van OTS, zoals deze in 1921 is ontworpen en sindsdien in de praktijk is toegepast en uitgegroeid, van het grootste belang. Toepasselijk, wanneer het kind zodanig opgroeit, dat het met zedelijke of lichamelijke ondergang wordt bedreigd, beoogt de maatregel deze bedreiging op te heffen door met behoud van de gezinsband aan kind en ouders of voogd hulp en steun te verlenen in de persoon van een gezinsvoogd... De maatregel is dus duidelijk van preventieve aard ter voorkoming van de anders te vrezen noodzaak van verbreking van de gezinsband met alle bijkomende schade van dien. Met dit karakter behoeft het stellig niet in strijd te zijn, wanneer de onder toezicht gestelde minderjarige in het belang van zijn opvoeding enige tijd buiten het gezin*

---

30 Zie Overwater (1953).

31 *Kamerstukken II*, 1953-1954, 3583, nr. 3 (MvT), p. 4.

*verblijft... toch dient de bijzondere maatregel van opneming buiten het gezin met de nodige voorzichtigheid te worden gehanteerd. Het gevaar is groot, dat bij een overmatig aantal plaatsingen buitenshuis de als preventie bedoelde OTS in discrediet wordt gebracht... en zeker wanneer de opneming elders verscheidene jaren duurt, gaat het meest sprekende verschil tussen de OTS enerzijds en de ontheffing, ontzetting of terbeschikkingstelling van de regering anderzijds te loor... Om te voorkomen, dat de OTS door te lange duur van een door de kinderrechter bevolen plaatsing buiten het gezin in feite het karakter van een ontheffing, ontzetting of tbs aanneemt, behoort de tijd, waarvoor de plaatsing kan worden gelast, beperkt te zijn.”<sup>32</sup>*

Er wordt dan ook een aantal wijzigingen voorgesteld die een betere samenhang tussen de OTS enerzijds en de ontheffing en ontzetting anderzijds beogen. Allereerst kan plaatsing buitenshuis voortaan alleen nog maar gerealiseerd worden met een beschikking van de kinderrechter op grond van art. 372a en 372b oud BW. Verder wordt de plaatsing ‘*ter vastzetting*’ (observatie of tuchtschool) gewijzigd in een UHP ‘*in het belang van de verzorging en opvoeding noodzakelijk voor het kind.*’ De wettelijke plaatsingsmogelijkheden voor de kinderrechter worden verruimd; deze kan een kind behalve in een instelling nu ook in een pleeggezin plaatsen. De kinderrechter kan de duur van een UHP op ten hoogste een jaar bepalen; deze termijn kan tot ten hoogste twee jaar worden verlengd (waarbij de termijn van plaatsing in een tuchtschool maximaal een jaar, of voor kinderen jonger dan veertien jaar zes maanden, is). De totale duur van een UHP in het kader van een OTS wordt derhalve op maximaal twee jaar bepaald. Ook wordt een extra grond voor gedwongen ontheffing voorgesteld; indien na een UHP van meer dan een jaar en zes maanden gegronde vrees bestaat dat deze maatregel onvoldoende is om het kind voor zedelijke of lichamelijke ondergang te behoeden, kan een ouder ondanks verzet van de ouderlijke macht worden ontheven.<sup>33</sup> De termijn van anderhalf jaar is gekozen omdat deze de maximale duur van de UHP begint te benaderen en er zodoende nog een half jaar overblijft om de procedure tot gedwongen ontheffing bij de rechter af te ronden. Door deze wijzigingen in te voeren denkt de minister van Justitie een beter sluitend systeem van kinderbescherming tot stand te brengen. Een gezinsvoogd kan niet meer zonder beslissing van de kinderrechter een kind uit huis plaatsen en de UHP kan maximaal twee jaar doorlopen. Is er dan nog geen sprake van verbetering in het gezin, dan dient de ouder of voogd te worden ontheven en het gezag te worden ontnomen.

#### 4.3.3 Kritiek op het wetsvoorstel

Deze voorstellen leiden tot hevige kritiek. Allereerst is er het commentaar van de Vaste Commissie voor Justitie. De commissie acht het zeer juist, dat de tussenkomst van de kinderrechter bij het nemen van de ingrijpende maatregel tot UHP ingeroepen moet worden. Zij juicht het ook toe dat het wetsontwerp beoogt

---

32 *Kamerstukken II*, 1953-1954, 3583, nr. 3 (MvT), par. 5, 6, 7.

33 Zie in dit verband ook HR 9 april 1953, NJ 1953, 416; het verzoek tot gedwongen ontheffing van de ouder-voogd door de Voogdijraad wordt door de Hoge Raad niet ontvankelijk verklaard, omdat “indien het kind tijdens de ondertoezichtstelling ingevolge aanwijzing van den gezinsvoogd door plaatsing buiten het gezin aan de opvoeding en verzorging door den ouder feitelijk wordt onttrokken, de aldus buiten het gezin door gebrachte tijd onder de zes maanden van art. 374b lid 2b niet begrepen wordt geacht.” Deze uitspraak maakt een aanvulling op de gronden voor gedwongen ontheffing na OTS met UHP op aanwijzing van de gezinsvoogd noodzakelijk.

te verhinderen dat de OTS het karakter aan zou kunnen nemen van een verkapte ontheffing of onzetting. De leden van de commissie willen echter de UHP ook mogelijk maken indien ouders hiervoor hun toestemming geven; dan zou geen beslissing van de kinderrechter nodig moeten zijn. De commissie heeft verder commentaar op het stellen van een maximum termijn voor gedwongen UHP van twee jaar. Deze opzet is te eenvoudig: *“door het stellen van een uniform maximum miskent het wetsontwerp het feit, dat niet alle inrichtingen over één kam geschoren kunnen worden... verder komt het de commissie voor, dat in het wetsontwerp te weinig rekening wordt gehouden met de omstandigheden, waarin kinderen en hun ouders kunnen verkeren wanneer na twee jaar plaatsing buiten het gezin waartoe het kind behoort, of het kind naar huis terug moet, of de weg van de ontheffing bewandeld moet worden... ook de goedwillende ouder wordt gedwongen met de ontheffing in te stemmen... de continuïteit van menig kind zou hierdoor gevaar kunnen lopen... in het algemeen zal er naar gestreefd moeten worden, dat de gezinsvoogd zolang mogelijk met de ouders samenwerkt. Het wordt dan ook in hoge mate ongewenst geacht, dat de ontheffing ook dan moet worden toegepast wanneer de ouder wel zijn toestemming aan een langdurige uithuisplaatsing wil geven.”*<sup>34</sup>

De commissie heeft naar een oplossing gezocht en enkele leden stellen voor een wettelijk voorschrift op te nemen dat bepaalt, dat na een verpleegduur van meer dan een jaar en zes maanden buiten het eigen gezin, de kinderrechter, zo deze voortzetting van de OTS noodzakelijk acht, de zaak in handen stelt van de meervoudige kamer der rechtbank teneinde na te gaan of de verpleging nog kan voortduren of dat termen aanwezig zijn voor het uitlokken van ontheffing of onzetting. Andere leden willen de kinderrechter zelfstandig laten oordelen over de wenselijkheid en zelfstandig laten beslissen over de duur van de voortzetting van de OTS.

Vanuit de juridische literatuur komt ook kritiek op de voorstellen en worden oplossingen aangedragen om de maximumduur tot UHP van twee jaar te versoepelen of deze maximumduur niet in te voeren in de nieuwe wet. Zo stelt Overwater: *“Een wet, die telkens zal dwingen tot beslissingen die voor het kind paedagogisch niet zijn te verantwoorden en voor de ouders evenzeer tot onrecht zullen leiden, is geen goede wet en zij zou een te hoge prijs zijn voor de beoogde en op grond van vaststaande feiten ook wel te aanvaarden beperking van de vrijheid van de kinderrechter. Daarom zal men moeten zoeken naar veiligheidskleppen in het systeem van het ontwerp. Men zou bijvoorbeeld kunnen bepalen, dat de beperking van de verpleegduur niet geldt, wanneer de ouders in de verpleging buiten het gezin toestemmen... men zou voorts wellicht eerder er aan kunnen denken om de beperking in duur slechts te doen gelden voor inrichtingen, die een meer langdurige heropvoeding beogen. De verpleging daar heeft immers een geheel ander karakter dan die in open tehuizen en tehuizen voor werkende jeugd.”*<sup>35</sup> Volgens Overwater dient bij toestemming van de ouders tot een UHP niet te worden overgegaan tot gedwongen ontheffing na twee jaar. Ook Lycklama heeft ernstige bezwaren tegen het ongedifferentieerd stellen van een maximum

---

34 *Kamerstukken II*, 1954-1955, 3583, nr. 4 (VV), p. 1-4.

35 Zie Overwater (1954). In de jurisprudentie vanaf de jaren tachtig over de verhouding tussen de maatregel van OTS en ontheffing neemt de Hoge Raad ook aan dat indien ouders toestemmen in het verblijf van hun kind buiten het gezin, er niet voldoende grond is voor ontheffing en de OTS met UHP na het aflopen van de tweejaarstermijn voor UHP zal voortduren (zie hfst. 7, par. 3.4).

termijn voor UHP. *“In de praktijk doet zich de behoefte aan plaatsing buitenshuis vooral vaak gevoelen ten aanzien van reeds werkende -en dus al oudere- jongens en meisjes... plaatsing buitenshuis is onder zulke omstandigheden in het geheel geen maatregel van dwang en vrijheidsberoving, doch juist het tegendeel... Ik meen, dat men zich ten deze liever door de volgende gedachte zal moeten laten leiden... ten behoeve van minderjarigen van achttien jaar en ouder zou ruimer inbreuk gemaakt moeten worden op de regel, dat de ouders of voogd bepalen waar de onder hun gezag staande minderjarige zal verblijven.”*<sup>36</sup> Hij denkt in dit verband aan bijvoorbeeld een aanvulling op de bepalingen omtrent de beperkte handlichting en meent dat in het wetsontwerp als wijziging behoort te worden aangebracht dat de kinderrechtster de termijn tot UHP ten aanzien van minderjarigen in de leeftijd van achttien jaar en ouder meermalen, en ten aanzien van minderjarigen jonger dan achttien jaar slechts tweemaal, met eenzelfde termijn kan verlengen.

Het Bestuur van het Katholiek Verbond voor Kinderbescherming stelt een commissie in ter bestudering van het op 6 september 1954 ingediende wetsontwerp en geeft ook kritiek. De Commissie is van oordeel dat de termijn voor plaatsing buiten het gezin niet tot ten hoogste twee, maar tot ten hoogste vier jaar moet worden beperkt. Dit gezien het feit dat bij een beperking tot kortere duur zich teveel gevallen zullen voordoen, waarin aan ontheffing of ontzetting moet worden gedacht, terwijl met een meer tijdelijke plaatsing krachtens OTS zou kunnen worden volstaan.<sup>37</sup>

#### 4.3.4 Uitzonderingen op de tweejaarstermijn voor uithuisplaatsing

De minister van Justitie reageert zowel op de suggestie van een vrijwillige UHP zonder machtiging van de kinderrechtster als op het besproken commentaar op de tweejaarstermijn voor UHP in de Memorie van Antwoord bij het wetsvoorstel. De toestemming van ouders acht minister Donker in het kader van de OTS een volstrekt onbetrouwbaar criterium voor het al dan niet treffen van een maatregel, niet alleen voor de maatregel van OTS zelf, maar evenzeer voor de nader door de wet te regelen bijzondere maatregel van UHP. De dreiging van een ontheffing, ontzetting of tbs kan ertoe leiden dat ouders hun toestemming voor een UHP geven, terwijl deze toestemming niet van harte is. Het criterium van toestemming acht de minister dan ook ondeugdelijk als wettelijk criterium.<sup>38</sup>

Over de fatale tweejaarstermijn voor UHP zegt hij het volgende: *“bij de keuze van twee jaar is gedacht aan het thans geldende wettelijke maximum van anderhalf jaar met een half jaar speling om andere maatregelen voor te bereiden... zag men in het verleden de tegenstelling tussen de UHP op grond van de OTS enerzijds en de maatregelen van ontheffing, ontzetting en terbeschikkingstelling van de regering anderzijds in hoofdzaak gelegen in de kortere of langere duur van de opvoeding elders, langzamerhand wordt de keuze tussen beide mogelijkheden voor een belangrijk deel mede bepaald door de*

---

36 Zie Lycklama (1954).

37 Zie Overwater (1955).

38 Dit criterium zal overigens vanaf de jaren tachtig wel volgens vaste rechtspraak worden gebruikt bij de beoordeling of aan de wettelijke gronden voor gedwongen ontheffing is voldaan; indien bij de ouders een voldoende stabiele ‘bereidverklaring’ aanwezig is om hun kind met een OTS en UHP elders te laten wonen, is er na afloop van de tweejaarstermijn voor UHP niet voldoende grond om een gedwongen ontheffing uit te spreken en dient de OTS met UHP na twee jaar verlengd te worden (zie verder hfst. 7, par. 3.4).

*mogelijkheid en bereidheid tot medewerking van de ouders aan die opvoeding elders. Deze ontwikkeling blijkt ook duidelijk uit de statistiek... Stelt men het belang van het overleg met de ouders zozeer op de voorgrond, dat men daarbij hoofdzakelijk zijn keuze tussen de UHP en andere maatregel laat bepalen, dan komen slechts die gevallen van ontheffing, ontzetting en TBS in aanmerking, waarin van de ouders voor het moment en voor de toekomst redelijkerwijze niets meer is te verwachten ten gunste van hun kind. Dan zal het vrijwel uitsluitend gaan om ongehuwde moeders, die van hun kind niets meer willen weten, of om ouders, die hun kleine kinderen ernstig lichamelijk hebben verwaarloosd. Want waarom zou men in andere gevallen van slechts geringe hoop voor de toekomst niet de deur openhouden voor de OTS, in plaats van de laatste mogelijkheid van overleg te verspelen door hun de kroon van het hoofd te nemen, als men de ontheffing zo wil zien.”<sup>39</sup> Deze trend, die hier al door de minister wordt geschetst, zal de komende decennia steeds verder worden doorgevoerd en uiteindelijk in 1995 leiden tot het schrappen van de tweejaarstermijn voor UHP in het kader van de OTS uit de wet.*

De minister ziet de oplossing in een tweetal vormen. Voor de categorie van minderjarigen van achttien jaar of ouder is, zoals Lycklama dit al voorstelde, verdere verlenging van de UHP zonder restrictie mogelijk. Een tweede categorie betreft de minderjarigen van dertien tot achttien jaar; verdere verlenging van een UHP is voor hen mogelijk op verzoek van de RvdK<sup>40</sup> indien dit voor de voortzetting van de opleiding noodzakelijk is.

Tenslotte geeft de minister van Justitie nog aan hoe hij denkt over het gehele systeem van kinderbeschermingsmaatregelen. *“Het karakter van de maatregel is beslissend voor de mogelijkheden, die deze maatregel moeten kunnen bieden. De huidige tendens is reeds toeneming van de uithuisplaatsingen in aantal en duur. Zou dit veel verder doorgaan als gevolg van de gedeeltelijk juiste kritiek op de huidige praktijk van de particuliere instellingen voor duurzame zorg, dan zou het voornamelijk preventieve karakter te zeer veranderen. Het ontwerp mag dan ook niet op zichzelf staan; men heeft immers te letten op het geheel van wettelijke maatregelen, waarop kinderbescherming steunt. Een gedeeltelijke beperking van de UHP op basis van OTS moet gepaard gaan met een verbetering van de uitvoering van andere maatregelen. Bovendien kan een beperking, althans een wettelijke beteugeling er toe bijdragen, dat de maatregel van OTS bij justitiabelen niet in discrediet raakt door een te grote kans, dat de kinderen geruime tijd buiten het gezin worden geplaatst.”<sup>41</sup> De poging tot inperking van het aantal ondertoezichtstellingen kan niet slagen indien de kwaliteit van de voogdij-instellingen niet wordt verbeterd, aldus de minister. Er dient een goed functionerend systeem van uitvoering van de maatregelen te bestaan. Het niet functioneren van bepaalde organisaties mag geen reden zijn om de grenzen tussen de verschillende maatregelen te verschuiven. Verder dient bij een ontheffing of ontzetting rekening te worden gehouden met de ouders; deze tendens zet zich steeds meer door. Ook als ouders de ouderlijke macht is ontnomen, moeten zij, al is het in beperkte mate, betrokken blijven bij de opvoeding van hun kinderen. Is dit het geval, dan wordt ook het onderscheid tussen OTS en ontneming van de*

39 *Kamerstukken II*, 1945-1955, 3583, nr. 5 (MvA), p. 1-5.

40 De Voogdijraden zijn bij wet van 24 december 1954, Stb. 602, inwerkingtreding op 1 november 1956, omgevormd tot de Raden voor de Kinderbescherming.

41 *Kamerstukken II*, 1945-1955, 3583, nr. 5 (MvA), p. 5.



ouderlijke macht kleiner en wordt het systeem van kinderscherming meer sluitend.

De discussie is nog niet afgerond. Door Zeelenberg wordt een tweetal amendementen ingediend. Allereerst acht zij geen toestemming van de kinderrechter voor UHP nodig indien de ouders daartoe zonder bezwaar van de gezinsvoogd overgaan. Verder wil zij een derde uitzonderingsmogelijkheid op de tweejaarstermijn voor UHP. Verlenging na twee jaar moet ook mogelijk zijn *“indien de verlenging bepaaldelijk ter wille van de voortzetting van een aangevangen opleiding of behandeling van medische aard noodzakelijk is.”*<sup>42</sup>

Met het eerste amendement wil Zeelenberg tot uitdrukking brengen dat de ouderlijke macht bij een OTS in stand blijft, waarbij de ouders bijstand krijgen van een gezinsvoogd. Gezinsvoogdij dient om de dreiging ten aanzien van een kind te voorkomen door de verantwoordelijkheid van de ouders voor het kind te versterken. Hoewel minister Donker het met dit voorstel niet eens is omdat hij denkt dat hiermee de kinderrechter vaak zal worden uitgeschakeld, wordt dit amendement zonder hoofdelijke stemming aangenomen. Deze regeling biedt de mogelijkheid tot een vrijwillige UHP bij een OTS op initiatief van ouders zolang de gezinsvoogd het met de UHP van de onder toezicht gestelde minderjarige eens is.<sup>43</sup>

Het tweede amendement, dat een derde uitzondering op de tweejaarstermijn voor UHP inhoudt, is voorgesteld om het systeem nog wat soepeler te maken. Bij noodzakelijkheid van een behandeling van medische aard kan een UHP meer dan twee keer met een jaar worden verlengd. Onder ‘behandeling van medische aard’ wordt niet alleen verstaan de behandeling van organische ziekten, maar vooral psychiatrische behandelingen, een behandeling in het paedologisch instituut en psychotherapeutische behandelingen. Minister Donker kan zich in dit amendement wel vinden; het amendement wordt dan ook zonder hoofdelijke stemming aangenomen. Het gewijzigde wetsvoorstel leidt tot de Wet van 20 juli 1955<sup>44</sup> en treedt in werking op 1 juli 1956.

#### 4.4 Conclusie

Met de beide wetsherzieningen van 1947 en 1956 is het Nederlandse pakket van kinderschermingsmaatregelen compleet en dit zal tot op heden qua samenstelling niet meer veranderen. Naast de OTS ter begeleiding van minderjarigen en ouders zonder de ouderlijke macht te ontnemen, bestaan de gezagsontnemende maatregelen van ontheffing en ontzetting. Als tijdelijke maatregelen van kinderscherming bestaan de voorlopige OTS, die kan worden uitgesproken hangende het onderzoek tot OTS, en de schorsing van de ouderlijke macht met voorlopige toevertrouwing van de minderjarige, waarmee de ouderlijke macht tijdelijk wordt ontnomen. Tenslotte kunnen ouders die zijn ontheven of ontzet in het gezag worden hersteld, eventueel eerst door middel van het opleggen van een proefherstel.

De wetsherzieningen leiden niet tot een hernieuwde inhoudelijke discussie over de rechtsgronden van de maatregelen voor kinderscherming. De rechtsgrond voor het uitspreken van een UHP bij een OTS wordt in 1956 gewijzigd:

---

42 *Kamerstukken II*, 1954-1955, 3583, nr. 9 (ingezonden op 17 juni 1955).

43 Vgl. het huidige art. 258 lid 3 BW.

44 Stb. 1955, 323.

kon een UHP tot die tijd alleen worden uitgesproken tot onderzoek van de geestelijke en lichamelijke gesteldheid van het kind (observatieplaatsing) of indien het kind bijzondere tucht behoefde (tuchtschoolplaatsing), vanaf dan kan een UHP worden uitgesproken *‘indien dit in het belang van de verzorging en opvoeding van het kind noodzakelijk is.’* Hoewel dit een verruiming van de rechtsgrond betekent, wordt hiermee beoogd dat voortaan alleen de kinderrechter oordeelt over een UHP bij een OTS en niet langer de gezinsvoogd een aanwijzing tot UHP kan geven.

Vanaf de inwerkingtreding van de OTS blijkt deze maatregel voor vele situaties toepasbaar, juist ook omdat de rechtsgrond voor OTS ruim is geformuleerd en gericht is op het belang van de minderjarige, zonder dat het ontstaan van een situatie waarin de minderjarige bescherming behoeft aan ouders te wijten hoeft te zijn. De OTS wordt gezien als maatregel ter voorkoming van een gezagsontneming van ouders; dit leidt ertoe dat de OTS ook wel wordt toegepast voor situaties waar een ontheffing of ontzetting meer op haar plaats zou zijn. De eerste decennia na de inwerkingtreding van de OTS worden de grenzen in de toepassing dan ook verkend.

De OTS wordt, hoewel dit oorspronkelijk niet de bedoeling van de wetgever was, veelvuldig toegepast in combinatie met een UHP van de minderjarige buiten het ouderlijk gezin zonder dat sprake is van een observatieplaatsing of plaatsing in een tuchtschool (deze beide plaatsingen zijn wettelijk geregeld). De UHP vindt zowel plaats op uitspraak van de kinderrechter als op aanwijzing van de gezinsvoogd. Dit leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsbereik van de OTS. Ouders houden juridisch gezien inspraak met betrekking tot de verzorging en opvoeding en blijven met het gezag belast, maar zowel de kinderrechter als de gezinsvoogd kunnen de ingrijpende beslissing nemen om de minderjarige buiten het gezin te plaatsen. Voor die gevallen waarin de ouders en/of de minderjarige niet akkoord gaan met de UHP, betekent dit een ernstig tekort in hun rechtspositie aangezien zij tegen de beslissing tot UHP geen hoger beroep kunnen instellen.

Hoewel er niet meer gesproken wordt over de rechtsgrond voor OTS en UHP, wordt er nadrukkelijk aandacht geschonken aan de doelstellingen van de verschillende maatregelen. Met de wetsherziening van 1947 beoogt de wetgever de verhouding tussen de maatregel van OTS en die van gezags-ontneming door middel van ontheffing of ontzetting enigszins bij te stellen en een ongelimiteerd gebruik van de OTS met UHP tegen te gaan. Hiertoe wordt de wettelijke mogelijkheid om een ouder ondanks zijn verzet toch te ontheffen ingevoerd, de zogenaamde gedwongen ontheffing. In de praktijk was al gebleken dat in situaties waar sprake was van een ouder met een geestesstoornis of een ouder wiens partner uit de ouderlijke macht was ontzet, behoefte was aan een mogelijkheid om deze ouder zonder zijn toestemming te ontheffen uit de ouderlijke macht. Behalve deze twee mogelijkheden is er nog een derde grond voor gedwongen ontheffing ingevoerd: als na een OTS van zes maanden blijkt dat deze maatregel onvoldoende is om de minderjarige voor zedelijke of lichamelijke ondergang te behoeden en de oorzaak hiervan ligt in de ongeschiktheid of onmacht van de ouder, kan een ouder worden ontheven ondanks verzet. Met deze laatste grond wordt beoogd de doelstelling van de OTS als lichte maatregel, waarmee tijdelijk hulp aan het gezin kan worden geboden, en de doelstelling van ontheffing, die tot een meer definitieve scheiding van ouder en kind leidt, duidelijk te onder-

scheiden en de toepassing van de OTS met UHP in situaties waar een ontheffing de meer geëigende maatregel lijkt, tegen te gaan.

De rechtspositie van de ouders die met een OTS te maken krijgen wordt versterkt door de wettelijke invoering van het recht op hoger beroep tegen een beschikking tot UHP (observatieplaatsing of plaatsing in een tuchtschool) of een beschikking door de kinderrechter genomen naar aanleiding van een meningsverschil tussen gezinsvoogd en ouder (bijvoorbeeld over een UHP op aanwijzing van de gezinsvoogd). In het kader van de tijdelijke maatregel van voorlopige toevertrouwing dient een Officier van Justitie voortaan binnen twee weken bekrachtiging te vorderen van de rechtbank. Zodoende is het niet langer mogelijk om de voorlopige toevertrouwing zonder rechterlijke toetsing langdurig te laten doorlopen. Ook dit biedt meer rechtswaarborgen voor de ouder en minderjarige. Vanaf de zeventiger jaren zal de aandacht voor de rechtspositie van betrokkenen bij een OTS steeds meer aandacht krijgen.

Het gebruik van de UHP zonder wettelijke regeling leidt tot een reactie van de wetgever, die het echter bij de wetsherziening van 1947 nog te ver vindt gaan om een verbod op het gebruik van een UHP op aanwijzing van de gezinsvoogd in te voeren. De wettelijke regeling van de plaatsing van een minderjarige ter observatie of de plaatsing in een tuchtschool wordt wel aan termijnen gebonden.

De weinig doortastende stellingname van de wetgever leidt er in de praktijk toe dat de UHP op aanwijzing van een gezinsvoogd opnieuw door de Hoge Raad wordt gesanctioneerd, waarbij uitdrukkelijk wordt aangegeven dat de wetgever heeft stilgezeten en dit betekent dat deze plaatsingen geoorloofd moeten zijn. Al snel wordt door de wetgever opnieuw een wetsvoorstel ingediend, ditmaal met een regeling ter beperking van het ongelimiteerde gebruik van de UHP bij een OTS. De wetsherziening van 1956 heeft als gevolg dat een UHP alleen nog maar met een beschikking van de kinderrechter gerealiseerd kan worden en niet langer op aanwijzing van de gezinsvoogd kan worden uitgevoerd. De mogelijkheden tot UHP op grond van een beschikking van de kinderrechter worden uitgebreid; naast de observatieplaatsing en de plaatsing in een tuchtschool kan de kinderrechter een minderjarige ook elders plaatsen ‘ter verzorging en opvoeding’, bijvoorbeeld in een pleeggezin.

Behalve het aan banden leggen van de vrijheid die rechter en gezinsvoogd gebruikten om een UHP buiten de wet om te realiseren, wil de wetgever ook een maximale termijn voor UHP invoeren om het verschil in doelstelling tussen de OTS en de ontheffing van de ouderlijke macht te benadrukken. Dit verschil is volgens de minister van Justitie heel duidelijk: *“de wet stelt de ondertoezichtsstelling, welke een goede opvoeding in het gezinsverband bedoelt te bevorderen, tegenover de ontheffing en de ontzetting, die de verwijdering van het kind uit het gezin beoogen. Het is niet oirbaar de grenzen tusschen deze instituten te verdoezelen. Ook al zou een transigeeren met deze beginselen der wet in sommige gevallen een oplossing van practische moeilijkheden brengen, zoo zal toch een streng vasthouden daaraan de kinderbescherming op den duur en in het algemeen meer ten goede komen.”*<sup>45</sup> Als na twee jaar de OTS met UHP nog niet het gewenste resultaat heeft opgeleverd, dient te worden overgegaan tot een gezagsontneming, waartoe ook een extra grond voor gedwongen ontheffing wordt ingevoerd (*‘indien na anderhalf jaar UHP gegronde vrees bestaat dat deze maatregel niet voldoende is om de bedreiging van de minderjarige op te hef-*

---

45    *Kamerstukken II, 1939-1940, Bijlagen, 55, nr. 1 (MvA), p. 16.*

fen'), omdat de doelstelling van de OTS om ouders en kind niet te scheiden in deze situaties klaarblijkelijk niet kan worden gerealiseerd.

Dit voorstel brengt tijdens de behandeling van het wetsvoorstel veel reacties teweeg, die er kort gezegd op neerkomen dat de wettelijke termijn van maximaal twee jaar voor UHP voor sommige situaties te rigide wordt geacht. Hier wordt de gedachte geboren dat als ouders instemmen met het voortduren van een OTS met UHP na twee jaar, er niet voldoende grond hoeft te zijn voor een gedwongen ontheffing. De minister van Justitie acht de toestemming van ouders echter een volstrekt onbetrouwbaar criterium voor het wel of niet beslissen tot een maatregel. Later zal blijken dat de Hoge Raad eind jaren tachtig ook als vast uitgangspunt zal aannemen dat indien ouders na twee jaar OTS met UHP instemmen met de voortdurende, er niet voldoende grond is om een gedwongen ontheffing uit te spreken, ook al is dit nergens met zoveel woorden in de wet geregeld. De kritiek op dit uitgangspunt komt overeen met de opvatting die de minister van Justitie hier voorstaat.<sup>46</sup>

Uiteindelijk wordt op amendement wettelijk een aantal uitzonderingsgronden ingevoerd op de tweejaarstermijn voor UHP bij een OTS en wordt een zogenaamde vrijwillige UHP op initiatief van de ouders en met goedvinden van de gezinsvoogd mogelijk. Voor de minderjarigen van achttien tot eenentwintig jaar is verdere verlenging van de UHP mogelijk. Voor minderjarigen van dertien tot achttien jaar geldt dat een verlenging van de UHP na twee jaar mogelijk is indien dit noodzakelijk is voor de voortzetting van de opleiding. Tenslotte is verlenging van de UHP na twee jaar mogelijk indien dit voor de voortzetting van de behandeling van medische aard noodzakelijk is. Deze uitzonderingsgronden zullen in de komende jaren zeer ruim worden toegepast om de tweejaarstermijn voor UHP te omzeilen. Verder zal aan de tweejaarstermijn voor UHP als grond voor gedwongen ontheffing, zoals al eerder is genoemd, in de jurisprudentie een inventieve uitleg worden gegeven, waardoor de OTS met UHP ook na twee jaar in veel situaties kan worden verlengd. Deze ontwikkeling met betrekking tot de UHP zal er uiteindelijk in 1995 toe leiden dat bij de wetsherziening van de OTS de tweejaarstermijn uit de wet verdwijnt.

---

46 Zie par. 4.3.4.



## 5 Rechtspositionele versterking

### 5.1 Inleiding

Vanaf de jaren zeventig lijkt het centrale thema in de ontwikkelingen van het familie- en jeugdrecht de versterking van de rechtspositie van belanghebbenden.<sup>1</sup> In het bijzonder krijgt de noodzaak tot een versterking van de rechtspositie van de minderjarige steeds meer aandacht vanuit de juridische literatuur. In een aantal dissertaties uit deze periode wordt gepleit voor de juridische emancipatie van de minderjarige. Al in 1962 stelt Rood-de Boer dat de rechtspositie van het minderjarige kind een achtergebleven rechtsgebied is. Zij pleit voor een ‘kinderrecht’ waarin de geëmancipeerde positie van het kind tot uitdrukking zou komen.<sup>2</sup> In 1970 komt zij in een preadvies aan de Nederlandse Juristenvereniging met het voorstel voor een nieuwe regeling betreffende de handelingsonbekwaamheid van minderjarigen. Zij bepleit hierin een verlaging van de meerderjarigheidsgrens van eenentwintig naar achttien jaar en stelt een geleidelijke rechtsverkrijging voor minderjarigen voor. Ook De Langen is van mening dat het jeugdrecht onvoldoende rekening houdt met de rechten van jeugdigen. Zij ziet als centrale doelstelling van het jeugdrecht dat iedere jeugdige gelijke rechten op optimale ontplooiingskansen dient te hebben.<sup>3</sup> Rutten-Roos pleit in 1975 voor afschaffing van het begrip ‘minderjarigheid’; volgens haar wordt de verantwoordelijkheid van anderen voor de persoon en het vermogen van de jeugdige niet begrensd door een objectieve leeftijdsgrens, maar door zijn subjectieve behoefte aan bijstand van anderen.<sup>4</sup> Doek benadrukt tenslotte de rechtspositie van de oudere minderjarige die te maken krijgt met kinderbescherming, waarbij hij overigens behalve de oudere minderjarige ook voor de ouders in het hulpverleningsproces een eigen beschermde rechtspositie wil garanderen. De ouderlijke macht ziet hij niet meer als een beschikkingsrecht, maar als een complex van functies te vervullen door beide ouders ten dienste van een harmonische ontplooiing van hun minderjarige kinderen.<sup>5</sup>

De commissie Wiarda, die in 1965 door de regering wordt ingesteld met de opdracht zich te bezinnen op het jeugdbeschermingsrecht en in 1971 haar rapport uitbrengt, benadrukt ook de jeugdrechten en het belang van de verzelfstandiging van de rechtspositie van de minderjarige. De commissie hanteert in haar rapport Jeugdbeschermingsrecht als één van haar uitgangspunten voor vernieuwing van het jeugdbeschermingsrecht dat het accent moet worden verschoven van jeugdbescherming naar jeugdrechten. *“Door het kind tot de meerderjarigheid vooral te willen beschermen, onderschat men wat de jonge mens aan eigen mogelijkheden in zich bergt. Door te veel en te lang te beschermen wordt de eigen groei niet, althans niet voldoende, gestimuleerd. Door het benadrukken van de bescherming is wat uit het oog verloren, dat een minderjarige*

---

1 Zie voor een uitgebreid overzicht van de aandacht voor de rechtspositie van minderjarigen Brands-Bottema (1988), hfst. 3.

2 Rood-de Boer (diss., 1962).

3 De Langen, (diss. ‘Rechten voor jeugdigen’, 1973).

4 Rutten-Roos (diss., 1975). Zie over de autonomie van de minderjarige in het recht ook Fiege (diss., 1993).

5 Doek (diss., 1972), hfst. 5.

*eigen rechten heeft, die hij zelfstandig moet leren uitoefenen. De commissie kiest meer voor zelfstandigwording dan voor bescherming.*<sup>6</sup> In het rapport wordt naast de voorstellen tot een herziening van het jeugdbeschermingsrecht onder andere een verlaging van de meerderjarigheidsgrens van eenentwintig naar achttien jaar voorgesteld. Dit voorstel is bij wet van 1 juli 1987 ingevoerd. Verder kiest de commissie voor een trapsgewijze volwassenwording van minderjarigen met als leeftijdsgrenzen twaalf en zestien jaar.

Behalve deze aandacht in de juridische literatuur voor een versterking van de rechtspositie van minderjarigen, heeft ook een andere ontwikkeling haar invloed doen gelden op de verandering in het denken over de rechtspositie van individuen, ook die van minderjarigen, in het recht. De doorwerking van het EVRM op de Nederlandse rechtsorde wordt in de zeventiger jaren steeds belangrijker. Het aantal individuele klachten over schending van het EVRM bij de Europese Commissie neemt sterk toe en behalve de negatieve verplichtingen van de lidstaten krijgt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens steeds meer aandacht voor de positieve verplichtingen van lidstaten die kunnen voortvloeien uit de verdragsartikelen. Zo kan een gerechtvaardigd beroep op art. 8 EVRM (het recht op respect voor familie- en privé-leven) niet alleen met zich meebrengen dat een lidstaat zich dient te onthouden van overheidsingrijpen in het gezin, maar er ook toe leiden dat de lidstaat wordt verplicht om na een gezinsinbreuk het recht op hereniging van het gezin te garanderen. De doorwerking van art. 8 EVRM in het Nederlandse recht en een constante stroom van jurisprudentie van het Europese Hof met betrekking tot overheidsinterventie in het gezin bij het opleggen en uitvoeren van een maatregel van kinderbescherming heeft zo geleid tot meer aandacht voor de rechtspositie van betrokkenen bij een maatregel.

In de kinderbeschermingswereld vindt een professionaliseringsproces plaats, dat samengaat met een democratisering van de verhouding tussen de professionals en de cliënten en een emancipatieproces van kinderbeschermingspupillen.<sup>7</sup> Cliënten in de hulpverlening gaan zich sterker profileren en richten belangenorganisaties op, zoals de Belangenvereniging Minderjarigen en de Bond van Ouders van Minderjarigen. Dit leidt tot toenemende kritiek op de dan nog vigerende bevoogdend-beschermende gedwongen hulpverlening. Er ontstaan nieuwe vormen van alternatieve, niet-justitiële jeugdhulpverlening. Er worden instellingen opgericht waar vooral naar de mening van het kind wordt geluisterd, zoals de Sosjale Unit, het JAC en Release. Deze instellingen bieden onder andere hulp aan weggelopen minderjarigen. Ook fuseren gezinsvoogdij- en voogdij-instellingen tot algemene instellingen waar ook een vrijwillige hulpverleningsafdeling deel van uitmaakt.<sup>8</sup>

De kritiek op de gedwongen hulpverlening en de toename van het aanbod in de vrijwillige hulpverlening leiden ertoe dat de vrijwillige jeugdhulpverlening als geschikt alternatief wordt beschouwd voor de gedwongen hulpverlening. De onvrede over de justitiële kinderbescherming blijkt ook uit de discussie over de scheiding tussen hulp en recht. De justitiële kinderbescherming zou in een isolement zijn geraakt binnen het geheel van de jeugdwelzijnszorg. Als een scheiding zou worden aangebracht tussen de maatregel als juridisch middel en de hulpverlening die de maatregel met zich meebrengt, zou het gat tussen vrijwillige en gedwongen hulpverlening kleiner worden en zou dit leiden tot een door-

---

6 Rapport cie. Wiarda 'Jeugdbeschermingsrecht' (1971), p. 58.

7 Zie hierover o.a. Komen (1999), hfst. 2.

8 Zie bijv. Doek/Vlaardingebroek (1998), p. 533.

breking van het isolement van de kinderbescherming.<sup>9</sup> Er gaan dan ook veel stemmen op om te streven naar integratie van de justitiële kinderbescherming en de vrijwillige jeugdhulpverlening, waardoor de samenhang van een geïntegreerde hulpverlening en continuïteit in de hulpverlening kunnen worden bevorderd. Er worden door een aantal commissies voorstellen gedaan tot herziening van de organisatie van het gehele aanbod binnen de jeugdhulpverlening (zowel vrijwillig als gedwongen).<sup>10</sup> In de jaren negentig wordt deze discussie overigens opnieuw gevoerd bij de totstandkoming van de Bureaus Jeugdzorg, waarin zowel jeugdhulpverlening, jeugdbescherming als jeugd-GGZ worden opgenomen om zo tot een efficiënter stelsel te komen waarbij de zorgvraag leidend is voor het hulpaanbod.<sup>11</sup>

Het aantal opgelegde maatregelen van kinderbescherming (vooral de OTS) daalt in de jaren zeventig aanzienlijk, terwijl het aanbod van vrijwillige jeugdhulpverlening steeds toeneemt. In de jaren tachtig, als flink bezuinigd gaat worden binnen de vrijwillige jeugdhulpverlening, vindt er weer een langzame stijging plaats van het aantal uitgesproken kinderbeschermingsmaatregelen, en deze stijging blijft tot op heden voortduren.<sup>12</sup>

Wat betreft de juridische discussie rondom kinderbescherming in de jaren zeventig leidt de toenemende aandacht voor een versterking van de rechtspositie van betrokkenen ook tot een aantal voorstellen tot een nieuw pakket van kinderbeschermingsmaatregelen. De meeste voorstellen richten zich niet zozeer op een verduidelijking van de directe rechtvaardiging voor overheidsinterventie in het gezin door een wijziging of concretisering van de rechtsgronden of door een verheldering van de doelstellingen en een afbakening van grenzen tussen de verschillende maatregelen, maar juist op de versterking van de rechtspositie van betrokkenen. Hierbij wordt het belang van vrijwillige hulpverlening op de voorgrond geplaatst en is er een verschuiving te constateren naar lichte vormen van gedwongen interventie door het opleggen van een OTS, UHP of een nieuw in te voeren 'lichte' maatregel van kinderbescherming. De voorstellen van de commissie Wiarda tot wijziging van het familierecht en het kinderbeschermingsrecht zijn het meest omvangrijk en het meest van invloed geweest op de wijzigingen in het kinderbeschermingsrecht in de laatste decennia van het vorige millennium.

Begin jaren negentig verschijnen enkele rapporten die opnieuw de aandacht vragen voor een verbetering van de rechtspositie van betrokkenen bij een maatregel van kinderbescherming. De commissie Gijsbers wordt in januari 1990 door de staatssecretaris van Justitie ingesteld in verband met klachten over de justitiële kinderbescherming, in het bijzonder die over het functioneren van de Raden voor de Kinderbescherming. In mei 1990 brengt zij haar rapport uit, waarin wordt geconcludeerd dat niet kan worden gesproken van structurele tekortkomingen in het functioneren van de Raden voor de Kinderbescherming.<sup>13</sup> Wel wordt door de commissie gepleit voor een versterking van de rechtspositie

---

9 Dit voorstel is in 1975 gedaan door de werkgroep 'De kortste weg.'

10 Belangrijke voorstellen zijn o.a. gedaan door de cie. Wiersma (1971) en door de werkgroep Mik (1976); zie over deze ontwikkelingen uitvoerig Delfos/Doek (1983), hfst. 1.

11 Zie voor het regeringsstandpunt o.a. Regie in de Jeugdzorg (WVC, 1994). Verder wordt een Wet op de Jeugdzorg voorbereid voor eenduidige aansturing en financiering (26 211). Zie ook hfst. 11, par. 2.2.

12 Zie voor mogelijke verklaringen van deze stijging Komen (1999), hfst. 7.

13 Rapport cie. Gijsbers 'Taak en Functie Raden voor de Kinderbescherming' (mei 1990), p. 43.



van betrokkenen bij de voorbereiding van een maatregel van kinderbescherming. *“De kritiek die op de Raden wordt uitgeoefend... heeft niet zozeer betrekking op de maatregelen van kinderbescherming die worden gevraagd en toegepast. De kritiek heeft veeleer betrekking op het proces dat leidt tot de maatregel. In dit proces zou de positie van met name ouders versterkt dienen te worden... zowel in de zin van aanpassing van de (rechts)regels als in de zin van voorlichting over deze regels.”*<sup>14</sup> Ouders zouden moeten worden gewezen op het belang van een eigen advocaat, die hun belangen kan behartigen, en zouden een afschrift van een verzoekschrift door de RvdK moeten ontvangen.

Ook de subcommissie Kinderbescherming, naar haar voorzitter de commissie Vliegenthart genoemd, wordt door de bijzondere commissie voor het Jeugdwelzijnsbeleid en de Vaste Commissie van Justitie ingesteld naar aanleiding van klachten van burgers over de kinderbescherming.<sup>15</sup> Zij ondersteunt in haar rapport, dat uitkomt in oktober 1990, de roep om een goede rechtsbescherming voor de ouders en minderjarigen die met kinderbescherming in aanraking komen en vraagt aandacht voor een betere externe controle van de door de overheid bekostigde organisaties voor kinderbescherming. Uit een aantal geïnventariseerde klachten met betrekking tot de civielrechtelijke kinderbescherming blijkt dat *“wie met de kinderbescherming te maken krijgt, ergens tussen de maatschappelijk gedefinieerde rollen van cliënt en procespartij in zit. De rechtsbescherming die hij geniet wijkt af van die van een cliënt, een patiënt, een consument of een procespartij... dit maakt de belanghebbende kwetsbaar.”*<sup>16</sup> De rechtswaarborgen van de burger die met kinderbescherming te maken krijgt, zijn volgens de commissie dan ook niet in alle opzichten voldoende met betrekking tot de zorgvuldigheid van de uitoefening van wettelijke taken en van bejegening, de helderheid van wetgeving, en de onpartijdigheid van rechtspraak. *“De subcommissie constateert een gebrek aan externe controle, en constateert dat er onvoldoende garanties zijn voor een objectieve klachtenbehandeling. Verder acht zij de regels te vaag. Dit gaat ten koste van de rechtszekerheid voor ouders bij de verzorging en opvoeding van hun kinderen.”*<sup>17</sup>

In de nota ‘Justitiële jeugdbescherming: met recht in beweging’, ook wel de nota Kosto genoemd, geeft de staatssecretaris van Justitie zijn reactie op de aanbevelingen van beide commissies. In de nota wordt uitvoerig ingegaan op de aanbevelingen met betrekking tot een verbetering van rechtswaarborgen voor betrokkenen bij een maatregel van kinderbescherming.<sup>18</sup>

Zowel de Nederlandse Gezinsraad als de Raad voor het Jeugdbeleid bieden in april 1991 een rapport aan als reactie op de drie bovenbesproken notities. Ook in deze rapporten wordt weer uitdrukkelijk gewezen op de noodzaak tot een versterking van de rechtspositie van de oudere minderjarige en andere betrokkenen bij kinderbeschermingszaken. De Raad voor het Jeugdbeleid stelt zich op het standpunt dat veel van de knelpunten waarmee minderjarigen geconfronteerd

14 Zie vorige noot, par. 5.2.1.d, p. 18-19.

15 Rapport ‘Rechtzetten’ van de cie. Vliegenthart (subcommissie kinderbescherming Tweede Kamer), oktober 1990, kamerstuk 21 818.

16 Rapport ‘Rechtzetten’ (1990), p. 10. Een aantal klachten dat door de cie. Vliegenthart is bestudeerd, is te rangschikken onder het thema ‘rechtspositie’ en de rode draad die door de kritiek van de klager heen loopt, is *“het verzet tegen de ongelijkheid van de rechtsposities van partijen”* in het kinderbeschermingsrecht; zie *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21 818, nr. 1-2, p. 18.

17 *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21 818, nr. 1-2, p. 1-2.

18 Nota ‘Justitiële jeugdbescherming: met recht in beweging – een heroriëntatie’ (nota Kosto, 1990), hfst. 3 (rechtswaarborgen), zie *Kamerstukken II*, 21 980.

kunnen worden als zij in een kindbeschermingssituatie verkeren, voortkomen uit het niet onderkennen van het belang van de rechtspositie van minderjarigen. *“De minderjarige wordt vooral gezien als object van zorg en bescherming in wiens belang maatregelen getroffen worden. In de meeste gevallen wordt de invulling van dit belang van het kind overgelaten aan volwassenen, zowel ouders als anderen, die denken te weten wat goed is voor het kind. Minderjarigen zelf hebben niet de mogelijkheid om in rechte op te komen voor hun belangen.”*<sup>19</sup> De Nederlandse Gezinsraad pleit in haar rapport onder andere voor een toekenning van het recht op een zelfstandige rechtsingang inzake kindbeschermingsmaatregelen voor kinderen van twaalf jaar en ouder, *“hetzij om zich tegen het opleggen daarvan danwel tegen de wijze van tenuitvoerlegging te verweren, hetzij om een maatregel uit te lokken.”*<sup>20</sup> Bij een analyse van de knelpunten in de praktijk van de kindbescherming worden kortom in alle rapporten aanbevelingen gedaan ter verbetering van de rechtspositie van betrokkenen bij een maatregel van kindbescherming. In dat kader worden ook voorstellen gedaan tot wijzigingen van de kindbeschermingsmaatregelen, zonder dat daarbij een verbetering van de rechtsgronden of een verduidelijking van de doelstellingen van de maatregelen op de voorgrond staat.

In dit hoofdstuk zullen de meest recente wetswijzigingen in het kindbeschermingsrecht worden geschetst, die zijn voortgevloeid uit bovengenoemde ontwikkelingen vanaf de zeventiger jaren en in stroomversnelling zijn geraakt na de hierboven besproken rapporten uit het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw. Allereerst is onder invloed van deze rapporten in 1995 een herziening van de OTS doorgevoerd. Ook de voorlopige OTS wordt hierbij gewijzigd. Daarnaast wordt in 1997 de wettelijke regeling van de voorlopige maatregel ter tijdelijke gezagsontneming herzien.<sup>21</sup> Bij de bespreking van deze wetswijzigingen zal blijken dat de rechtspositie van betrokkenen in de procedure bij een maatregel van kindbescherming steeds meer centraal is komen te staan. De wetsherzieningen van de OTS en van de voorlopige maatregelen tonen aan dat de versterking van de rechtspositie van betrokkenen de voornaamste reden tot wijziging is. De gronden en de doelstellingen van de maatregelen verdwijnen daarentegen verder naar de achtergrond, waardoor steeds minder van een duidelijke directe rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezin kan worden gesproken.

## 5.2 Rechtspositionele versterking bij OTS

### 5.2.1 Aanzet tot herziening OTS

De belangrijkste recente wetswijziging betreft de OTS-regeling van titel 14, afdeling 4 van boek 1 BW. Op 1 november 1995 is de nieuwe OTS-regeling in

---

19 Raad voor het Jeugdbeleid, ‘Met meer recht meer bescherming –een advies over kindbescherming’, april 1991, nr. 63, p. 43.

20 Rapport ‘Kinderbescherming en jeugdhulpverlening’, NGR, Den Haag, april 1991, p. 17.

21 De term ouderlijke macht is bij Wet van 6 april 1995, Stb. 240 gewijzigd in de term ouderlijk gezag. In de volgende hoofdstukken zal dan ook over ouderlijk gezag en gezagsontneming worden gesproken.

werking getreden.<sup>22</sup> Een belangrijke doelstelling van de wijziging is een scheiding der machten te bewerkstelligen tussen de rechtsprekende taak en de uitvoerende taak van de kinderrechter in het kader van een OTS om de onpartijdigheid van de rechter te garanderen. Tot deze tijd was de kinderrechter immers met de verantwoordelijkheid van de uitvoering van de OTS belast en kon hij daartoe ambtshalve beslissingen nemen. Een tweede doelstelling die hiermee samenhangt is te komen tot een versterking van de rechtspositie van belanghebbenden bij een OTS. De herziening van de OTS komt voort uit een aantal rapporten met voorstellen tot wijziging van de OTS-regeling. Begin jaren negentig zijn over de knelpunten in de kinderbescherming in korte tijd de rapporten van de commissie Gijsbers en de commissie Vliegenthart en de nota Kosto tot stand gekomen. De voorstellen die hieruit voortkomen, hebben doorgewerkt in de wijziging van de OTS-regeling. Maar al in de jaren zeventig zijn de eerste aanzetten gegeven tot een wijziging van de OTS door de commissie kinderrechtspraak en de commissie Wiarda. In alle voorstellen is er direct of indirect aandacht voor een versterking van de rechtspositie van betrokkenen.

Een eerste aanzet tot discussie over de positie van de kinderrechter bij een OTS is te vinden in het rapport van de Commissie Kinderrechtspraak, naar haar voorzitter ook wel de commissie Enschedé genoemd. In 1964 is deze commissie ingesteld door de minister van Justitie voor de bestudering van problemen op het terrein van de kinderrechtspraak, waarbij de taak van de gespecialiseerde kinderrechter centraal staat.<sup>23</sup> In de installatierede wijst de minister op de gevaren van het bestel van de gespecialiseerde kinderrechter: *“door het voorschrift... dat de gezinsvoogden onder leiding van de kinderrechter op hun pupillen toezicht zullen houden, is de full-time kinderrechter voor het overgrote gedeelte van zijn tijd belast geraakt met bemoeiingen die eerder als ‘uitvoering’ dan als ‘rechtspraak’ gekenschetst moeten worden. Uiteraard hangt veel af van de interpretatie die de kinderrechter zelf geeft aan de ‘leiding’ die van hem dient uit te gaan. Deze kan variëren van het geven van aanwijzingen in slechts de hoofdzaken, waarbij de gezinsvoogd zoveel mogelijk functioneert, tot anderzijds het zich zozeer in details begeven, dat de kinderrechter als het ware de taak van de gezinsvoogd overneemt. Nog daargelaten de vraag of in het laatste geval alle bemoeiingen wel liggen op het niveau dat een ingrijpen van de rechter wettigt, zullen ook deze werkzaamheden de door hem als rechter steeds te betrachten onbevangenheid in gevaar kunnen brengen. De typisch rechterlijke werkzaamheden van objectiveren en afwegen vereisen distantie tot de zaak en de justitiebelen.”*<sup>24</sup> De commissie ziet echter nog geen problemen in de functie van de kinderrechter in het kader van de OTS en is van mening dat de positie van de kinderrechter als rechter niet wordt aangetast. Zij wijst daarbij op een verschuiving van de inhoud van het rechtersambt ook buiten de kinderrechtspraak, bijvoorbeeld in strafzaken (waar de rechter executierechtelijke bevoegdheden heeft) of in faillissementszaken. De commissieleden concluderen dat er vanuit

---

22 Stb. 1995, 255.

23 De commissie is ingesteld bij beschikking van 10 juni 1964, Hoofdafdeling R.O., nr. 1282, p. 864.

24 Rapport cie. Enschedé (1964), p. 5.

staatsrechtelijk oogpunt gezien geen “*vitium kleeft aan de opdracht van de OTS aan de kinderrechter*” en dat “*de kinderrechter rechter is.*”<sup>25</sup>

De commissie Wiarda wordt wel gezien als initiatiefnemer tot de uiteindelijke wetswijziging van de OTS in die zin dat een scheiding der machten tot stand wordt gebracht. In haar rapport uit 1971 wordt voorgesteld om de uitvoeringstaak van de OTS bij de kinderrechter weg te halen en over te dragen aan de GVI. “*Enerzijds wordt met de maatregel een vorm van hulpverlening beoogd, welke een specifieke deskundigheid vereist waarvoor een jeugdrechter niet is opgeleid; anderzijds behoort dan het feit dat de jeugdrechter ten dele uitvoerder is van zijn eigen beslissingen tot het verleden.*”<sup>26</sup> De kinderrechter dient volgens de commissie als rechter een belangrijke taak te blijven behouden bij de OTS, aangezien hij oordeelt over alle belangrijke beslissingen in het kader van een OTS. Meningsverschillen tussen de betrokkenen bij een OTS en de gezinsvoogd uit naam van de GVI zouden door ouders of door een minderjarige vanaf zestien jaar voorgelegd moeten kunnen worden aan de kinderrechter, die vervolgens een beslissing neemt. De mogelijkheid tot het instellen van beroep op de kinderrechter is noodzakelijk voor het afbakenen van de rechten en vrijheden van betrokkenen indien conflicten ontstaan tussen ouders en/of een minderjarige tegenover de GVI.<sup>27</sup>

Naar aanleiding van het voorstel tot scheiding van de rechtsprekende en uitvoerende taak in het kader van de OTS is in 1979 een voorontwerp van wet tot herziening van de OTS gepubliceerd, dat is rondgestuurd aan drie adviesorganen om hun reacties te ontvangen. Het voorontwerp van wet strekt ertoe om uitvoering te geven aan een aantal voorstellen van de commissie Wiarda.<sup>28</sup> Zo wordt hierin geregeld dat de kinderrechter een rechtersfunctie verkrijgt en niet langer uitvoering zal geven aan zijn eigen beslissingen. In het voorontwerp zijn de ambtshalve bevoegdheden van de kinderrechter verdwenen en krijgt de RvdK een aantal controletaken op de uitvoering van de OTS door de gezinsvoogd.<sup>29</sup> Er is kritiek op het voorontwerp. De kritiek betreft niet de kern, namelijk de overdracht van de leiding van de OTS van kinderrechter naar GVI, maar richt zich tegen de geïsoleerde behandeling van de OTS. Er zou een meer fundamentele bezinning op een herziening van het gehele maatregelenpakket nodig zijn. Het advies van het WIJN pleit voor een geïntegreerde behandeling van het maatregelenpakket en de rechtspositie van minderjarigen.<sup>30</sup> Het is overigens opmerkelijk dat de minister van Justitie in de installatierede bij de commissie Wiarda op 25 maart 1965 nog als onderzoeksvraag stelt “*of de civielrechtelijke maatregelen die ons BW kent in de vorm van ontzetting, ontheffing en OTS niet*

---

25 Rapport cie. Enschedé (1964), p. 11-15. Dit is duidelijk een andere opvatting dan die van Van Asch van Wijk, die in 1939 in een openingsrede over de onafhankelijkheid van de rechter stelt dat “*inhaerent aan des rechters werkzaamheid is het ontbreken van initiatief*” en zich afvraagt of de kinderrechter wel voldoende slechts rechter is gebleven (zie NJB 1939, p. 515 e.v.). Op zijn standpunt wordt in het rapport cie. Enschedé nader ingegaan.

26 Rapport cie. Wiarda (1971), p. 176.

27 Rapport cie. Wiarda (1971), p. 151.

28 Voorontwerp van wet betreffende herziening van de maatregel van OTS (gezinsvoogdij), zie: JRW (losbl.), band 3.

29 De gezinsvoogd dient de RvdK tenminste elke drie maanden verslag uit te brengen van zijn bevindingen en een maand voor het verstrijken van de termijn van OTS informeert de gezinsvoogd de RvdK of hij een verlenging van de OTS zal verzoeken. Ook moet de RvdK worden geïnformeerd over de verblijfplaats van het kind.

30 WIJN-rapport, april 1981.

*meer op elkaar dienen te worden afgestemd.*”<sup>31</sup> Hij brengt daarbij in herinnering dat bij de behandeling van het eerste boek van het nieuwe BW de vraag naar voren kwam of het nog wel zin heeft de onderscheiding tussen ontheffing en ontzetting in stand te houden. De wens om tot een herziening van het gehele maatregelenpakket te komen, lijkt eind jaren zeventig van de politieke agenda verdwenen. Het komt niet tot de indiening van een wetsvoorstel bij het parlement en het duurt tot 1990 voordat de herziening van de OTS opnieuw op de politieke agenda verschijnt, dit vooral als reactie op de rapporten van de commissies Gijsbers en Vliegenthart.

Als begin jaren negentig de rapporten van de commissies Gijsbers en Vliegenthart verschijnen, wordt hierin opnieuw de aandacht gevraagd voor een verandering van de taakverdeling in het kader van de OTS, waarbij de kinderrechter ook belast is met de uitvoerende taak. Onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechter dienen voorop te staan en de zuiverheid van de rechtsprekende functie zou hersteld moeten worden. De leiding over de uitvoering van de OTS zou dienen te liggen bij de GVI, die vervolgens een gezinsvoogd aanstelt als contactpersoon.<sup>32</sup> De staatssecretaris van Justitie geeft als reactie op deze rapporten in de nota ‘Justitiële kindbescherming –met recht in beweging’ aan, dat er een wetsvoorstel herziening OTS in voorbereiding is dat een wijziging zal inhouden van de positie en de rol van de kinderrechter, waardoor rechtspraak en verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de rechterlijke beslissing zullen worden gescheiden. Het samengaan van een rechtsprekende en een uitvoerende functie is namelijk *“slecht te verenigen met het uitgangspunt van rechterlijke onpartijdigheid. Dit heeft in toenemende mate tot kritiek geleid... In het licht van het EVRM is gewezen op de noodzaak van rechtspositionele waarborgen met betrekking tot de OTS en de rol van de kinderrechter daarin. Het scheiden van de rechtsprekende en de uitvoerende functie doet recht aan art. 6 EVRM.”*<sup>33</sup> De verantwoordelijkheid voor de OTS zal volgens de nota worden overgedragen aan de GVI’s.

### 5.2.2 Herziening OTS-regeling 1995

In 1993 wordt het in de nota Kosto aangekondigde wetsvoorstel herziening OTS ingediend. *“Naast scheiding van rechtspraak en uitvoering van de OTS regelt het wetsvoorstel... ook andere onderwerpen. Daar waar rechtswaarborgen kunnen worden verbeterd en verduidelijking gewenst is, wordt de maatregel van OTS tevens op andere onderdelen aangepast.”*<sup>34</sup> De kritiek op de dubbelfuncties van de kinderrechter wordt serieus genomen en leidt tot het voorstel dat de kinderrechter niet langer met de uitvoering van de OTS wordt belast. De kinderrechter verliest dan ook zijn ambtshalve bevoegdheden en kan slechts beslissen op verzoek. De GVI zal voortaan verantwoordelijk zijn voor de uitvoering van de OTS. De inhoud van het wetsvoorstel komt in de kern overeen met die van het voorontwerp tot wijziging van de OTS uit 1979, dat uiteindelijk nooit als wetsvoorstel is ingediend.

---

31 Zie rapport cie. Wiarda (1971), bijlage A.

32 Zie rapport cie. Gijsbers (1990), par. 7.3 en rapport cie. Vliegenthart (1990), *Kamerstukken II*, 21 818, nr. 1-2, par. 4.2.

33 Nota Kosto (1990), p. 40. Zie over de onpartijdigheid van de kinderrechter ook Von Brücken Fock (1990) en Thomassen (1989).

34 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 2.

Een belangrijke doelstelling tot wijziging van de OTS, namelijk de scheiding tussen rechtsprekende en uitvoerende macht met betrekking tot de OTS, hangt samen met een andere doelstelling van de wetswijziging, namelijk de versterking van de rechtspositie van betrokkenen bij een OTS. *“De scheiding tussen rechtspraak en uitvoering van de OTS brengt ouders, minderjarigen en pleegouders in een betere rechtspositie. De rechter zal immers bij conflicten tussen ouders, pleegouders en minderjarigen enerzijds en de GVI anderzijds meer dan thans als onbevangen tegenover de hem voorgelegde conflicten kunnen gelden... deze beperking van de toegang tot de rechter tot rechtspraak gaat gepaard met grotere rechtswaarborgen ten aanzien van de uitvoering van de OTS door de GVI.”*<sup>35</sup> In het wetsvoorstel wordt een onderscheid gemaakt tussen ouders met en zonder gezag, pleegouders en de minderjarige vanaf twaalf jaar.<sup>36</sup> Voor ieder van deze belanghebbenden is in verschillende mate een versterking van de rechtspositie doorgevoerd in de OTS-regeling.

Ouders kunnen de kinderrechter om een OTS of een verlenging van de OTS verzoeken. Ook kunnen zij hoger beroep instellen tegen een beslissing van de kinderrechter in het kader van een OTS. Een ouder met gezag heeft hiernaast nog extra bevoegdheden, namelijk het instellen van bezwaar en/of beroep tegen een aanwijzing van de GVI of een beperking van het contact tussen de ouder met gezag en de minderjarige door de GVI, het verzoeken om beëindiging van de UHP of bekorting van de duur of het afzien van een wijziging van de UHP (art. 1:263 BW) en het verzoeken om een wijziging van de GVI (art. 1:254 lid 4 BW). In de nieuwe regeling wordt derhalve duidelijk een onderscheid gemaakt tussen de ouder met gezag en de ouder zonder gezag. Dit valt te verklaren uit het feit dat de ouder met gezag in de uitoefening van het ouderlijk gezag wordt beperkt en daarom extra rechtswaarborgen krijgt toegekend.

De minderjarige van twaalf jaar en ouder zal zich in de nieuwe OTS-regeling in bepaalde gevallen zonder wettelijke vertegenwoordiger tot de kinderrechter kunnen wenden.<sup>37</sup> Verder wordt de rechtspositie van de minderjarige bij een plaatsing in een gesloten inrichting verbeterd. Een machtiging voor plaatsing in een gesloten inrichting kan door een kinderrechter slechts worden afgegeven indien zij vereist is wegens ernstige gedragsproblemen van de minderjarige. Zodra een verzoek tot machtiging gesloten plaatsing bij de kinderrechter is ingediend, voegt de kinderrechter ambtshalve een raadsman toe aan de minderjarige (art. 1:261 lid 3 BW).

Ook de rechtspositie van pleegouders in een OTS-procedure wordt verbeterd, al was inmiddels in de jurisprudentie uitgemaakt dat pleegouders die met een in hun gezin geplaatst kind ‘gezinsleven’ hadden opgebouwd op grond van art. 8 EVRM een verzoek tot OTS konden indienen en tegen een beslissing tot UHP

---

35 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 20-21.

36 Overigens is niet voorzien in het van rechtswege doorlopen van gezamenlijk gezag na echtscheiding, dat per wet van 30 oktober 1997, Stb. 506, op 1 januari 1998 is ingevoerd en ertoe heeft geleid dat na echtscheiding veel vaker sprake is van twee ouders met gezag, terwijl slechts één ouder met de dagelijkse verzorging en opvoeding is belast. Dit roept m.b.t. de OTS-regeling vragen op, bijv. of voor de plaatsing van het kind van de ‘zorgouder’ naar de andere ouder met gezag een machtiging UHP is vereist, een aanwijzing gegeven moet worden of geen juridische actie nodig is. Zie verder hfst. 7, par. 2.2.

37 De oudere minderjarige krijgt echter niet het recht om zelfstandig een verzoek tot OTS of verlenging OTS in te dienen of om zelfstandig hoger beroep in te stellen; zie *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 24.

hoger beroep konden instellen.<sup>38</sup> Deze bescherming van het gezinsleven van de pleegouders wordt nu in de OTS-regeling vastgelegd. Onder pleegouder wordt in de nieuwe OTS-regeling verstaan ‘*een ander dan de ouder, die de minderjarige als behorende tot zijn gezin verzorgt en opvoedt.*’ Het kan ook bijvoorbeeld gaan om grootouders die hun kleinkind als behorende tot hun gezin verzorgen en opvoeden. Voor deze categorie belanghebbenden wordt het nu juridisch mogelijk om een OTS-verzoek of een verlengingsverzoek in te dienen bij de kinderrechter. Verder kan verzocht worden om een UHP te beëindigen, de duur hiervan te bekorten of af te zien van een krachtens de machtiging toegestane wijziging van de verblijfplaats van de minderjarige. Tenslotte heeft de pleegouder die als belanghebbende in de zin van art. 798 Rv wordt beschouwd (‘*degene op wiens rechten of plichten de zaak rechtstreeks betrekking heeft*’) het recht van hoger beroep tegen een in het kader van de OTS genomen beslissing van de kinderrechter.

Oorspronkelijk was het de bedoeling om in het wetsvoorstel ook het blokkaderecht van pleegouders uit te breiden tot de OTS (na twee jaar OTS) en aan de pleegouders de bevoegdheid te geven een blokkaderecht in te roepen tegenover de GVI die een minderjarige wil terugplaatsen naar de ouder met gezag.<sup>39</sup> Gezien de uiteenlopende en principiële reacties op dit voorstel is besloten om het blokkaderecht niet in het wetsvoorstel op te nemen, maar nader te bezien en zonodig in een apart wetsvoorstel te regelen in samenhang met de ontheffing. Tot op heden is hier overigens geen uitvoering aan gegeven.

Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer is door verschillende fracties gewezen op de noodzaak van controle op de GVI. Nu de GVI belast wordt met de uitvoering van de OTS, kan deze ook beslissen wanneer een OTS en/of een UHP worden beëindigd (door te beslissen om geen verlengingsverzoek in te dienen bij de kinderrechter). Zelf heeft de kinderrechter geen rol meer bij de beslissing tot beëindiging. Om onverantwoorde beëindigingen te voorkomen, worden in 1994 in het wetsvoorstel bepalingen opgenomen waardoor de RvdK een taak als controle-orgaan krijgt op beslissingen tot beëindiging van de OTS en/of de UHP door de GVI.<sup>40</sup> De GVI krijgt (vóór de beëindiging van de OTS en/of UHP) een mededelingsplicht aan de RvdK als zij niet overgaat tot een verzoek tot verlenging van de OTS of UHP (art. 1:256 lid 3 BW resp. art. 1:262 lid 2 BW). Het gewijzigd wetsvoorstel treedt in werking op 1 november 1995.<sup>41</sup>

### 5.2.3 De OTS-regeling en de schriftelijke aanwijzing

Sinds de nieuwe OTS-regeling in november 1995 in werking is getreden, is de GVI aldus verantwoordelijk voor de uitvoering van de maatregel van OTS en heeft de kinderrechter nog slechts de taak om op verzoek een beslissing te ne-

---

38 HR 10 maart 1989, NJ 1990, 24 resp. HR 23 maart 1990, NJ 1991, 150.

39 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 19. Het blokkaderecht van pleegouders zoals dit geldt voor vrijwillige plaatsingen is in 1978 wettelijk ingevoerd ter versterking van de rechtspositie van pleegouders en houdt in het kort in dat een pleegkind dat sinds minimaal één jaar met toestemming van ouders of voogd in een pleeggezin woont, daar niet mag worden weggehaald zonder toestemming van de pleegouders (zie art. 1:253s en 1:336a BW).

40 Amendementen Dijkstal van 24 juni 1994, *Kamerstukken II*, 23 003, nr. 26.

41 Wet van 26 april 1995, Stb. 255.

men. Een kinderrechter kan niet langer ambtshalve beslissingen nemen.<sup>42</sup> Omdat de leiding over de uitvoering van de OTS niet langer bij de kinderrechter ligt maar bij de GVI, is deze nu een bestuursorgaan in de zin van de Awb; de GVI is met openbaar gezag bekleed en kan als zodanig schriftelijke beslissingen nemen die gericht zijn op enig rechtsgevolg, te weten ‘besluiten’ in de zin van de Awb.

Een kinderrechter kan slechts op verzoek in een concreet geval toetsen of de GVI zich bij de uitvoering van de OTS aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft gehouden. De kinderrechter kan op verzoek een concrete beslissing, in Awb-termen een ‘beschikking’ genoemd, van de GVI toetsen. De bezwaar- en beroepsprocedure van de Awb is niet van toepassing op de OTS-regeling zoals geregeld in titel 14 afdeling 4 boek 1 BW; deze is dan ook in de negatieve lijst van de Awb opgenomen.<sup>43</sup> De reden hiervoor is dat de OTS-regeling in boek 1 BW in een eigen beroepsgang naar de kinderrechter voorziet. *“De kinderrechter is immers als vanouds degene die de beslissingen neemt inzake de OTS. Het is nimmer de bedoeling geweest dat naast het systeem van rechtsbescherming via de civiele rechter tevens de administratieve rechter in dezelfde taken bevoegd zou zijn.”*<sup>44</sup> De totstandkomingseisen uit de Awb zijn wél van toepassing op de beslissingen van de GVI.

De GVI heeft ter uitvoering van haar taak bij de OTS het instrument van de schriftelijke ‘aanwijzing’ op grond van art. 1:258 BW. In het kader van de verzorging en opvoeding van de minderjarige kan de gezinsvoogd aan de ouder met gezag en/of de minderjarige een schriftelijke aanwijzing geven. Een aanwijzing is een opdracht tot een doen of nalaten en is een beschikking in de zin van de Awb. In de OTS-regeling uit het BW staat niet duidelijk omschreven wat nu precies een aanwijzing is en waar de inhoudelijke grenzen liggen bij het geven van een aanwijzing. De rechtspraktijk heeft daarom zelf invulling moeten geven aan de criteria voor een aanwijzing.<sup>45</sup> De ouder met gezag en de minderjarige dienen een schriftelijke aanwijzing op te volgen. Als zij niet meewerken aan een aanwijzing, is een uiterste wettelijke maatregel het uitlokken van een ontzetting. Eén van de gronden van ontzetting is sinds de wetwijziging van 1995 namelijk het in ernstige mate veronachtzamen van de aanwijzingen van de GVI.

Tegen een aanwijzing kan de ouder met gezag en/of de minderjarige van twaalf jaar of ouder binnen twee weken in beroep gaan bij de kinderrechter met het verzoek de aanwijzing geheel of gedeeltelijk vervallen te verklaren (art. 1:259 BW). Als zij pas na verloop van tijd bezwaar willen maken tegen de door de GVI afgegeven aanwijzing, kunnen zij aan de GVI verzoeken de aanwijzing wegens gewijzigde omstandigheden geheel of gedeeltelijk in te trekken (art. 1:260 BW). De GVI geeft binnen twee weken een beslissing. Indien de instel-

---

42 Sinds 1 juli 1997 bestaat op dit uitgangspunt een uitzondering: de rechtbank kan ambtshalve een OTS opleggen als een verzoek tot voorlopige voogdij is ingediend (art. 1:271a jo 331a BW) of als de rechtbank een verzoek tot ontzetting of gedwongen ontheffing afwijst (art. 1:272a jo 332a BW). Deze mogelijkheid is ingevoerd bij Wet van 23 januari 1997, Stb. 38 tot herziening van de voorlopige maatregelen van kinderbescherming en weerspiegelt het beginsel van proportionaliteit.

43 De plaatsing van afdeling 4 van titel 14 van Boek 1 BW op de negatieve lijst van de Awb is geregeld in *Kamerstukken II*, 1995-1996, 24 259, nr. 7.

44 Zie vorige noot.

45 Zo moet een aanwijzing voldoende concreet en gespecificeerd zijn geformuleerd (het ‘meewerken van moeder aan contacten tussen kind en vader’ is volgens de kinderrechter te Leeuwarden te ruim geformuleerd; Rb. Leeuwarden 14 december 1998, in: FJR juni 1999, nr. 6, p. 144). Een mondelinge mededeling van een gezinsvoogd kan volgens een kinderrechter te Rotterdam ook een aanwijzing zijn (zie Rb. Rotterdam 18 december 1998, in: FJR juni 1999, nr. 6, p. 141). Zie ook Bruning (1997).



ling het verzoek afwijst, kunnen de ouder met gezag en de minderjarige vanaf twaalf jaar vervolgens aan de kinderrechter verzoeken de aanwijzing geheel of gedeeltelijk vervallen te verklaren. Dit systeem weerspiegelt de gedachte dat de GVI als bestuursorgaan belast is met de uitvoering van de OTS, terwijl de kinderrechter op verzoek als toetsend orgaan van de uitvoeringsbeslissingen van de GVI functioneert.

Heeft de scheiding tussen rechtspraak en uitvoering gevolgen gehad voor de manier van toetsen van de kinderrechter van beslissingen van de GVI? De meningen hierover lijken verdeeld<sup>46</sup> en een duidelijk antwoord is in elk geval niet direct te vinden. De wetgever is bij de wijziging van de OTS-regeling niet duidelijk geweest over de vraag of een kinderrechter in een beroepszaak tegen een aanwijzing<sup>47</sup> marginaal of volledig inhoudelijk moet toetsen aan de beslissing van de GVI. Op de vraag van leden van de CDA-fractie over de toetsing van art. 3:4 Awb (belangenafweging) of *“de aard van de toetsing een marginale of volle toetsing is, of alleen wordt gekeken naar de rechtmatigheid of ook naar de doelmatigheid”* is de minister van Justitie niet specifiek ingegaan. Wel antwoordt hij op de bezorgdheid van de CDA-fractie tot onnodig tijdverlies omdat de kinderrechter bij het vervallen verklaren van een aanwijzing geen nieuwe aanwijzing in de plaats kan stellen en op het voorstel om dit laatste mogelijk te maken. Hij stelt dat *“de doelstelling van de wetswijziging daaraan in de weg staat. De wijziging beoogt immers de bevoegdheden van de kinderrechter die betrekking hebben op keuzes in de hulpverlening nu juist aan de GVI toe te vertrouwen... de praktijk zal zich soepeler vertonen dan de CDA-leden vrezen. De behandeling door de kinderrechter ter zitting alsook de motivering van de uiteindelijke beschikking bieden immers voldoende mogelijkheden voor de kinderrechter om zonedig aan ouder en instelling te laten merken waar de grenzen liggen.”*<sup>48</sup> De vrees voor een hernieuwde grenzeloze bemoeienis van de kinderrechter vanuit de GPV-fractie wijst hij van de hand: *“Ik meen dat in het voorgestelde systeem het juiste midden is gevonden tussen het huidige systeem van onbegrensde bemoeienis van de kinderrechter met de OTS en een bemoeienis die is beperkt tot het stellen van grenzen en het toepassen van rechtsbeginselen.”*<sup>49</sup> Dit alles wijst er mijns inziens op dat de toetsing van de kinderrechter aan een beslissing van de GVI toch wel redelijk inhoudelijk zal kunnen zijn. Een marginale toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijke besluitvorming zoals die zijn opgenomen in de Awb, houdt bijvoorbeeld ook een afweging van de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen in op grond van art. 3:4 Awb. Hierbij mogen de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (art. 3:4 lid 2 Awb). Hoewel een kinderrechter naar

---

46 Dit blijkt ook uit de interviews met kinderrechters die door mij zijn gehouden in het kader van de wetsevaluatie OTS, uitgevoerd door het Verwey-Jonker Instituut in 2000. Op 17 en 18 februari 1995 (dus vóór de inwerkingtreding van de herziene OTS-regeling) werd op de landelijke vergadering kinderrechters de vraag opgeworpen of de kinderrechter naast de bestuursrechtelijke toets inhoudelijk volledig kan toetsen of slechts marginaal; de kinderrechters oordeelden toen unaniem dat de kinderrechter naast de bestuursrechtelijke toets ook inhoudelijk volledig dient te toetsen.

47 Op verzoek toetst een kinderrechter ook over een beslissing van de GVI op verzoek van de ouder, verzorger of minderjarige vanaf twaalf jaar tot beëindiging of verkorting van de UHP of een beslissing tot het afzien van een wijziging in verblijfplaats van de minderjarige (art. 1:263 BW); ook dan is de vraag hoe een kinderrechter dient te toetsen.

48 *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23 003, nr. 5 (MvA II), p. 40-41.

49 Zie vorige noot.

mijn mening niet zo ver behoort te gaan dat hij een aanwijzing volledig inhoudelijk toetst in de zin dat hij beoordeelt of hij eenzelfde beslissing zou hebben genomen als een GVI, sluit een toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijke besluitvorming niet uit dat hij toetst of een concrete aanwijzing in casu genomen had mogen worden. Hierbij kan getoetst worden of de aanwijzing voldoende concreet is geformuleerd, of het gaat om een aanwijzing betreffende de verzorging en opvoeding van de minderjarige en niet om een aanwijzing betreffende het persoonlijk leven van ouders<sup>50</sup> en of de belangen van de ouders en de minderjarige op een juiste wijze zijn afgewogen door de GVI. Bij dit alles dient een kinderrechter, indien dit mogelijk is, enige afstand te betrachten.

Een kinderrechter zal eerst inhoudelijk toetsen of de GVI aan de vereisten van behoorlijke besluitvorming heeft voldaan (zijn alle totstandkomingsvereisten uit de Awb die gelden voor een beschikking nageleefd?), en vervolgens zal marginaal getoetst worden of de GVI in redelijkheid tot een besluit heeft kunnen komen. Dit standpunt komt overeen met dat van het Gerechtshof Amsterdam, dat besliste dat “*de toetsing door de rechter met betrekking tot het beleid van de GVI, mede gelet op de Awb, een marginale toetsing dient te zijn.*”<sup>51</sup> In deze zaak hadden pleegouders bij de kinderrechter beroep ingesteld tegen een beslissing van de GVI tot terugplaatsing van hun pleegkind bij de ouders. Op de vraag of de GVI in redelijkheid had kunnen beslissen dat het kind moest worden teruggeplaatst naar ouders, besliste het Hof dat op grond van de verschillen van inzicht tussen alle partijen de GVI deze beslissing niet in redelijkheid had kunnen nemen en dat eerst een onderzoek naar de situatie van ouders moest worden ingesteld.

Ook deze zaak maakt duidelijk dat een marginale toetsing aan de rechtmatigheid van de inhoud van een specifieke aanwijzing niet uitsluit dat de kinderrechter beperkt inhoudelijk toetst aan de beslissing van de GVI. Een kinderrechter mag echter niet op de stoel van de GVI gaan zitten en het uitvoeringsbeleid bepalen, want dat zou in strijd zijn met de doelstelling van de gewijzigde OTS-regeling. Een belangrijke doelstelling van de gewijzigde OTS-regeling in 1995 was immers een scheiding der machten te realiseren tussen de kinderrechter en de GVI, zodat onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de kinderrechter voortaan kan worden gegarandeerd nu de GVI de verantwoordelijkheid heeft gekregen over de uitvoering van de OTS. Deze doelstelling hing samen met het streven om de rechtspositie van ouders, minderjarige en andere belanghebbenden in de OTS-procedure beter te waarborgen. Het is nog maar de vraag of de wetswijziging daadwerkelijk tot een versterking van de rechtspositie van belanghebbenden heeft geleid.

Tegen een beslissing van de kinderrechter betreffende een aanwijzing is geen hoger beroep mogelijk (art. 807 sub a Rv). Tijdens de parlementaire behandeling van de nieuwe OTS-regeling werd hiervoor als reden gegeven dat “*de totstandkoming van de beslissingen van de kinderrechter die geen uitvoerende taken meer heeft, met voldoende waarborgen is omgeven. Hetzelfde geldt voor de totstandkoming van aanwijzingen en van beslissingen die de instelling op verzoek van de minderjarige moet nemen... hoger beroep wordt niet zinvol geacht.*”<sup>52</sup> De GVI heeft dan ook een grote mate van beleidsvrijheid bij de uitvoeringstaak van de OTS en een voor beroep vatbare beslissing kan slechts op

---

50 Zie hierover Bruning (1997), p. 95.

51 Gerechtshof Amsterdam 20 september 1999, NJ 2000, 282.

52 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 23.

verzoek door de kinderrechter in eerste aanleg worden getoetst. Overigens zijn in art. 807 sub a Rv meer beslissingen in het kader van de OTS opgenomen waartegen geen hoger beroep kan worden ingesteld. Zo kan tegen een beslissing omtrent een verzoek tot vervanging van de GVI of omtrent een voorlopige OTS slechts cassatieberoep in het belang der wet worden ingesteld. Voor wat betreft de uitvoering van de OTS door de GVI is dus maar beperkte toetsing mogelijk, namelijk enkel door de kinderrechter die niet volledig inhoudelijk, maar aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en vervolgens marginaal toetst aan een beslissing van de GVI. Ik vraag me af of deze beperking van de rechterlijke toetsing de rechten van belanghebbenden nog wel voldoende waarborgt.

Belanghebbenden hebben geen mogelijkheid om door de kinderrechter te laten toetsen of het uitvoeringsbeleid van de GVI juist is, omdat de kinderrechter niet geacht wordt op de stoel van de GVI te gaan zitten. Het beleid van de GVI kan slechts aan de kinderrechter worden voorgelegd als een concrete beslissing van een GVI in de vorm van een schriftelijke aanwijzing aan een ouder met gezag of een minderjarige vanaf twaalf jaar is gegeven. Hierbij speelt nog het probleem dat in de praktijk is gebleken dat een GVI maar weinig gebruik maakt van haar mogelijkheid om een schriftelijke aanwijzing te geven.<sup>53</sup> De beroepsmogelijkheid tegen een aanwijzing voor een ouder met gezag en een minderjarige vanaf twaalf jaar, die door de wetgever bedoeld was om hun rechtspositie te versterken, heeft dan ook niet geleid tot een versterking van hun rechtspositie. Zolang een GVI namelijk geen aanwijzingen geeft, kan haar beleid in een concrete zaak niet aan de kinderrechter ter toetsing worden voorgelegd. Als ook hoger beroep is uitgesloten, biedt de marginale toetsing van de kinderrechter in dit geval de enige rechtswaarsborg voor de ouder met gezag en de oudere minderjarige tegen een onrechtmatige inbreuk in het gezin in de gevallen dat wel door de GVI een schriftelijke aanwijzing wordt gegeven.

Voor andere belanghebbenden, zoals de ouder zonder gezag of de pleegouder, staat tegen een aanwijzing van de GVI zelfs geen beroepsgang open bij de kinderrechter, terwijl een aanwijzing ook voor hen gevolgen kan hebben. Zo kan een aanwijzing betreffende de omgang tussen een ouder met gezag en een kind bij een plaatsing van dit kind in een pleeggezin ook de belangen van pleegouders raken. Het uitsluiten van beroep tegen een aanwijzing voor andere belanghebbenden dan de ouder met gezag en de minderjarige vanaf twaalf jaar heeft dan ook niet bijgedragen aan een versterking van de rechtswaarsborgen van alle belanghebbenden in de OTS-regeling. Vooral nu het bij een OTS gaat om een beperking van ouderlijk gezag en dit veelal samengaat met een UHP van de minderjarige, is alleszins gerechtvaardigd dat het uitvoeringsbeleid op verzoek van elke belanghebbende door een onafhankelijke en onpartijdige rechter beoordeeld kan worden. Dit vloeit ook voort uit de verdragsrechtelijke eis van art. 6 en 8 EVRM.<sup>54</sup> Elke concrete beslissing van een GVI in het kader van een OTS zou dan ook door elke belanghebbende aan een kinderrechter moeten kunnen worden voorgelegd.

---

53 Dit blijkt uit de wetsevaluatie OTS die in 2000 is uitgevoerd; zie De Savornin Lohman, Bruning e.a. (2000), hfst. 8.

54 Doek vraagt zich af of deze beperking van de rechtmatigheidstoetsing wel in overeenstemming is met art. 5 EVRM en het 'fair-trial'-beginsel van 6 EVRM, omdat de kinderrechter die oordeelt over het verzoek beëindiging of bekorting UHP waarschijnlijk dezelfde is die over de machtiging UHP oordeelde; in: BRv (losbl.), art. 807 Rv.

#### 5.2.4 De OTS-regeling en het bestuursrecht

Een vergelijking met het bestuursrecht laat zien dat de rechtswaarborgen voor belanghebbenden hier over het algemeen beter zijn gegarandeerd. Allereerst toetst een bestuursrechter meer inhoudelijk aan een beslissing van een bestuursorgaan dan dat hij slechts aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur toetst die in de Awb zijn opgenomen.<sup>55</sup> Het zoeken naar de materiële waarheid door de rechter is dan ook kenmerkend voor de administratieve rechtspraak. *“Dat past in de rechtsbeschermingsfunctie die in bepaalde geschillen met ongelijke partijen vraagt om een compensatie van die ongelijkheid door de rechter.”* Ook kan de bestuursrechter onder bepaalde voorwaarden een voorlopige voorziening treffen (art. 8:81 Awb) of de eigen rechterlijke uitspraak in de plaats stellen van het bestreden besluit (art. 8:72 lid 4 Awb).<sup>56</sup> Een kinderrechter kan in principe geen eigen beslissing in de plaats stellen van de beslissing van de GVI. *“De kinderrechter is niet bevoegd voor de aanwijzing een andere in de plaats te stellen. Dit past niet in de nieuwe opzet van de OTS, waarbij de GVI het beleid voert met betrekking tot de door haar wenselijk geachte aanwijzingen en waarin de kinderrechter geen hulpverlenende taken meer vervult. Dat de rechter geen nieuwe aanwijzing kan geven, impliceert dat hij een aanwijzing ook niet kan wijzigen. Een dergelijke wijziging zou immers neerkomen op het geven van een nieuwe aanwijzing.”*<sup>57</sup> Een uitzondering is de aanwijzing van de gezinsvoogd tot beperking van de omgang tussen de ouder met gezag en de minderjarige op grond van art. 1:263a BW. Als een ouder met gezag of een minderjarige vanaf twaalf jaar tegen deze aanwijzing beroep instelt bij de kinderrechter, kan deze *“een zodanige regeling vaststellen als hem in het belang van het kind wenselijk voorkomt.”*<sup>58</sup>

Toch heeft de wetgever wel gesteld dat de beoordeling van de kinderrechter in OTS-zaken een beoordeling ex nunc is: hij kan rekening houden met omstandigheden die zich na het geven van de aanwijzing hebben voorgedaan.<sup>59</sup> In het bestuursprocesrecht vindt de toetsing van de administratieve rechtspraak in beginsel ex tunc plaats, met andere woorden in de historische context waarin dat besluit genomen werd. Getoetst wordt of het genomen besluit op dat moment rechtmatig was. Zodoende kan een belanghebbende de rechtmatigheid van een besluit laten toetsen zonder dat dit tot een concreet positief resultaat hoeft te leiden. In de OTS-regeling wordt uitgegaan van een meer pragmatische instelling: als voor de belanghebbende geen gewenst resultaat (meer) kan worden behaald, volgt een niet-ontvankelijkverklaring. De situatie ten tijde van de behandeling bij de rechter is doorslaggevend. Dit uitgangspunt leidt ertoe dat vaak geen beslissing omtrent de rechtmatigheid van het besluit inzake een OTS wordt gegeven, omdat de situatie inmiddels is gewijzigd. Dit is niet bevorderlijk voor een zorgvuldige besluitvorming van de GVI, omdat uit de geringe jurisprudentie

---

55 Zo toetst de bestuursrechter ook aan de algemene rechtsbeginselen, zoals het beginsel ne bis in idem en het proportionaliteitsbeginsel; zie Ten Berge (1997), p. 114-115.

56 Zie echter over de beperkingen van deze mogelijkheid van de bestuursrechter als aan zorgvuldigheids- of motiveringsgebreken wordt getoetst Polak (2000).

57 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 37.

58 Art. 1:263a lid 2 BW.

59 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 37.

weinig richtlijnen kunnen worden afgeleid omtrent de rechtmatigheid van een beslissing.<sup>60</sup>

De nieuwe OTS-regeling heeft een strikte scheiding tussen rechtspreken en uitvoeren van de OTS beoogd. Tijdens de parlementaire behandeling van de nieuwe OTS-regeling is hierop zozeer de nadruk gelegd, dat mijns inziens uit het oog is verloren wat het nu precies betekent dat de Awb op beslissingen van de GVI van toepassing is, behalve dan voor wat betreft de bezwaar- en beroeps-procedure. De grenzen tussen uitvoering en rechterlijke toetsing lijken over het algemeen strenger getrokken dan in het bestuursrecht, waar de rechter een meer actieve en inhoudelijke rol heeft bij het toetsen van besluiten van bestuursorganen. In de huidige OTS-regeling is de laagdrempeligheid en de niet-lijdelijkheid van de kinderrechter vervangen door een meer gejuridiseerde regeling waarin de kinderrechter nog slechts op verzoek zoveel mogelijk op afstand aan het uitvoeringsbeleid van de GVI kan toetsen. Deze verandering komt voort uit het streven naar een onafhankelijke en onpartijdige kinderrechter, een eis die voortvloeit uit art. 6 EVRM. Tegelijk met de veranderde positie van de kinder-rechter is de Awb van toepassing verklaard op de OTS-regeling voor zover het gaat om de totstandkoming van beslissingen van de GVI. Ook hiermee is beoogd meer rechtsbescherming te bieden aan belanghebbenden bij een OTS. Niet voorzien is evenwel dat een te strikte scheiding der machten tussen kinder-rechter en GVI in plaats van méér ook tot minder rechtsbescherming kan leiden, vooral als de kinderrechter nauwelijks en niet meer volledig inhoudelijk toetst aan de beslissingen van de GVI. Zolang namelijk door de GVI geen schriftelijke aanwijzing wordt gegeven, kan het beleid in concreto ook niet ter toetsing worden voorgelegd aan een kinderrechter. Juist in dat opzicht biedt het bestuursrecht meer rechtsbescherming dan de huidige OTS-regeling. Belanghebbenden zouden misschien wel een aanwijzing van de GVI kunnen uitlokken, maar omdat het bij een OTS vaak gaat om ouders die moeilijk hun weg weten te vinden in de juridisch gecompliceerde regeling en die veelal niet worden bijgestaan door een advocaat, lijkt dit een louter theoretische mogelijkheid die in de praktijk niet tot resultaat zal leiden.

Tenslotte is in het bestuursrecht de positie van de belanghebbende, namelijk degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken (art.1:2 Awb), voor wat betreft het instellen van beroep sterker dan in de OTS-regeling uit boek 1 BW. In het bestuursrecht kan elke belanghebbende een bestuursorgaan verzoeken om een besluit te nemen. Zo zouden bijvoorbeeld pleegouders of een ouder zonder gezag aan de GVI kunnen verzoeken om een schriftelijke aanwijzing te geven. In het bestuursrecht kunnen belanghebbenden ook beroep instellen bij de rechtbank (art. 8:1 lid 1 Awb). Dit kan bijvoorbeeld in een concrete situatie ook een minderjarige zijn als deze in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen. In de OTS-regeling van 1995 is er voor gekozen om de beroepsgerechtigden per beslissing van de GVI specifiek in de wet te noemen. Zo kunnen alleen de ouder met gezag en de minderjarige in de leeftijd van twaalf jaar en ouder bij de kinderrechter beroep instellen tegen een aanwijzing. De minderjarige kan echter niet zelfstandig hoger beroep instellen. Overige betrokkenen, zoals de ouder zonder gezag, de pleegouder of grootouders, kunnen geen zelfstandig beroep instellen bij de kinderrechter. Zij worden echter wel opgeroepen voor de zitting (art. 800 Rv) en kunnen daar worden gehoord. Zij

---

60 Polak (2000) ziet dan ook duidelijk voordelen van een toetsing ex tunc in de optiek van rechtsbescherming (p. 14-15).

kunnen, als zij belanghebbenden zijn in de zin van art. 798 Rv, vervolgens hoger beroep instellen (art. 798 jo 806 Rv).<sup>61</sup> Overbodig lijkt hier te constateren dat het bestaan van verschillende definities van ‘belanghebbenden’ in de OTS-regeling, namelijk die van art. 798 Rv en die van art. 1:2 Awb, op zijn minst tot veel verwarring leidt. Het bestuursrecht biedt in elk geval aan belanghebbenden meer rechtsbescherming dan bij de OTS-regeling uit boek 1 BW het geval is, terwijl het bij een OTS om een inbreuk in het gezinsleven gaat die rechtvaardiging behoeft. Zonder rechterlijke toetsingsmogelijkheid van de rechtvaardiging van het optreden van de GVI worden belanghebbenden niet voldoende beschermd tegen de overheidsinterventie in het gezinsleven.<sup>62</sup>

### 5.2.5 Conclusie herziening OTS

De gewijzigde OTS-regeling, die naast een scheiding der machten tussen kinderrechter en GVI tot doel had de rechtswaarborgen van de belanghebbenden te versterken, heeft niet in alle opzichten haar doelstellingen gerealiseerd. De regeling van de schriftelijke aanwijzing, bedoeld om conflicten tussen gezinsvoogd (in opdracht van de GVI) en betrokkenen omtrent een uitvoeringsbeslissing van de OTS aan de kinderrechter te kunnen voorleggen, blijkt niet zonder problemen. Ten eerste dient de GVI van haar bevoegdheid tot het geven van een schriftelijke aanwijzing gebruik te maken, en dit vereist een mentaliteitsomslag van de gezinsvoogd. De gezinsvoogden blijken niet of nauwelijks schriftelijke aanwijzingen te geven.<sup>63</sup> In dat geval is er ook geen toetsingsmogelijkheid van de uitvoeringsbeslissingen van de GVI bij de kinderrechter. Een tweede belemmering is het feit dat de aanwijzing alleen kan worden gegeven aan de ouder met gezag en de minderjarige vanaf twaalf jaar. Andere betrokkenen, zoals de ouder zonder gezag of de pleegouder, kunnen geen aanwijzing krijgen. Hieruit volgt dat zij ook geen bezwaar of beroep kunnen instellen tegen een aanwijzing, hoewel een aanwijzing wel betrekking kan hebben op hun belangen. In het bestuursrecht zouden zij als belanghebbenden meer juridische mogelijkheden hebben. Tenslotte is hoger beroep tegen een aanwijzing wettelijk uitgesloten. Dit betekent dat alleen de kinderrechter in eerste aanleg een aanwijzing kan toetsen, waarbij dan nog enige terughoudendheid wordt betracht.

Naar mijn mening zou hoger beroep dan ook mogelijk moeten zijn tegen aanwijzingen voor alle belanghebbenden die ‘*family life*’ hebben met de minderjarige zoals bedoeld in art. 8 EVRM.<sup>64</sup> Aangezien de schriftelijke aanwijzing in

---

61 Het begrip ‘rechtstreeks belanghebbende’ in Rv is geïntroduceerd in het wetsvoorstel herziening OTS, maar is uiteindelijk eerder ingevoerd dan de nieuwe OTS-regeling, namelijk op 1 april 1995 bij de herziening van het procesrecht in zaken van personen- en familierecht, Wet van 7 juli 1994, Stb. 774. Als belanghebbende wordt aangemerkt degene op wiens rechten of verplichtingen de zaak rechtstreeks betrekking heeft. Hoger beroep kan door alle belanghebbenden worden ingediend, of zij nu wel of niet in eerste instantie op de zitting zijn verschenen. In de oude regeling moest een belanghebbende die niet op de zitting in eerste aanleg was verschenen eerst verzet aantekenen voordat deze de mogelijkheid had tot hoger beroep.

62 Ook art. 1:263 BW levert problemen op, bijv. als belanghebbenden tegen een beslissing van de GVI tot terugplaatsing van de minderjarige bij ouders bezwaar willen maken bij de GVI en vervolgens bij de kinderrechter in beroep gaan. Zie hierover Quik-Schuijt (1999) en Bruning (1997), p. 97-98. Vos, Mees, C. de Groot en H.W.J. de Groot (2000) stellen dan ook voor om alle ‘art. 8 EVRM-belanghebbenden’ dezelfde processuele mogelijkheden te bieden. Zie ook hfst. 11, par. 2.2.

63 Dit blijkt ook uit de wetsevaluatie OTS; zie De Savornin Lohman, Bruning e.a. (2000), hfst. 8.

64 Dit voorstel is ook gedaan door Vos/Mees/De Groot/De Groot (2000), p. 103.

de OTS-praktijk weinig wordt gebruikt en er ook weinig beroep wordt ingesteld tegen een aanwijzing, zal het openstellen van hoger beroep tegen een aanwijzing naar alle waarschijnlijkheid dan ook geen te hoge extra rechterlijke belasting met zich meebrengen. Daarentegen wordt op deze manier aan belanghebbenden bij een OTS meer rechtsbescherming geboden dan nu het geval is, en wordt het beleid van de GVI ook door een hogere rechter getoetst. De wetgever is naar mijn mening te gemakkelijk voorbijgegaan aan de wenselijkheid voor belanghebbenden om hoger beroep in te kunnen stellen tegen beslissingen van de GVI die door de kinderrechter niet zijn aangetast.

### 5.3 Voorlopige kinderbeschermingsmaatregelen

#### 5.3.1 Herziening voorlopige OTS

De herziening van de OTS brengt ook een wijziging van de voorlopige OTS met zich mee. De achterliggende gedachte hiervan is om de rechtswaarborgen van belanghebbenden bij een voorlopige maatregel van kinderbescherming te verbeteren, “*in het bijzonder betreffende de grondslag en duur van de maatregelen en het recht gehoord te worden.*”<sup>65</sup> De herziening van de maatregel tot voorlopige toevertrouwing zal in een apart wetsvoorstel geregeld worden. De commissie Vliegenthart pleit in haar rapport al voor een versterking van de rechtszekerheid bij de voorlopige maatregelen van kinderbescherming, waarover de wet te vaag is wat betreft de grond en de duur.<sup>66</sup> De feitelijke duur van de voorlopige maatregelen kan namelijk vaak lang zijn in geval dat de eindbeslissing langdurig wordt aangehouden. Daarbij kan een beslissing tot voorlopige OTS zonder verhoor van ouders en de minderjarige worden genomen en kan tegen een voorlopige OTS geen hoger beroep worden ingesteld.<sup>67</sup> De voorlopige OTS vervalt pas als het verzoek tot OTS door de kinderrechter wordt toe- of afgewezen. In de nota Kosto wordt deze situatie in strijd met art. 6 en 8 EVRM geacht en worden meer rechtswaarborgen met betrekking tot de voorlopige OTS bepleit.<sup>68</sup>

In het wetsvoorstel herziening OTS wordt aan deze klachten gehoor gegeven. Voorgesteld wordt om een voorlopige OTS mogelijk te maken zonder voorafgaand verhoor ‘*wanneer dit verhoor niet kan worden afgewacht zonder onmiddellijk en ernstig gevaar voor de minderjarige*’; dit criterium is opgenomen in art. 800 lid 3 en 809 lid 3 Rv.<sup>69</sup> Als voorafgaand verhoor achterwege is gebleven, dienen betrokkenen binnen twee weken te worden gehoord door de kinderrechter. Als dit niet gebeurt, vervalt de voorlopige OTS na twee weken (art. 800 lid 3 jo 809 lid 3 Rv). De voorlopige OTS kan worden uitgesproken als dit ‘*dringend en onverwijld noodzakelijk is*’ (art. 1:255 BW). Tenslotte kan de

---

65 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 19.

66 *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21 818, nr. 1-2, p. 45-47.

67 Art. 940 (oud) Rv. Overigens wordt in dit artikel niet gesproken over een UHP in het kader van een voorlopige OTS zonder voorafgaand verhoor. Dit is merkwaardig, aangezien het bij een voorlopige OTS om crisissituaties gaat waar snel moet worden ingegrepen en waar dit veelal zal samengaan met een UHP.

68 Nota Kosto (1990), par. 3.4, p. 30.

69 In art. 800 lid 3 jo 809 lid 3 Rv is geen melding gemaakt van de machtiging UHP zonder voorafgaand verhoor; dit is hersteld per Wet van 1 juli 1997, Stb. 1997, 38.

voorlopige OTS maximaal drie maanden duren<sup>70</sup>; binnen deze termijn moet duidelijk zijn of een OTS noodzakelijk is. De kinderrechter kan de voorlopige OTS te allen tijde herroepen.

Een voorlopige OTS kan op grond van art. 1:255 BW worden uitgesproken ‘hangende het onderzoek’, een criterium dat ook al in de oude regeling tot voorlopige OTS werd gehanteerd. Hiermee wordt bedoeld hangende het onderzoek van de rechter op het verzoek tot OTS en niet hangende het door de RvdK uit te voeren onderzoek. “Zolang het onderzoek van de rechter naar de vraag of OTS geboden is niet is afgerond, kan de OTS voorlopig worden uitgesproken.”<sup>71</sup>

Hoger beroep tegen een voorlopige OTS wordt door de staatssecretaris van Justitie niet nodig geacht in verband met het voorlopige karakter van de maatregel. Dit standpunt wordt bij de bespreking van het wetsvoorstel door alle kamerfracties geaccepteerd. De verduidelijking van de grond en de maximale termijn van de voorlopige OTS worden positief ontvangen en zonder verdere wijzigingen wettelijk ingevoerd op 1 november 1995.<sup>72</sup>

### 5.3.2 Conclusie voorlopige OTS

De wijziging van de voorlopige OTS heeft geleid tot extra rechtswaarborgen voor betrokkenen. Als een voorlopige OTS dringend en onverwijld noodzakelijk is, kan deze maatregel zonder verhoor worden opgelegd indien de behandeling niet kan worden afgewacht zonder onmiddellijk en ernstig gevaar voor de minderjarige. Deze wettelijke termen drukken uit dat het gaat om een maatregel die in crisissituaties tijdelijk snel kan worden uitgesproken. Belanghebbenden dienen dan wel binnen twee weken gehoord te worden door de kinderrechter. Een voorlopige OTS kan maximaal drie maanden duren. Deze regeling biedt betrokkenen meer rechtsbescherming, omdat in de oude regeling een voorlopige OTS voor lange tijd kon doorlopen als de beslissing op een verzoek tot een OTS door de rechter werd aangehouden. Omdat daarnaast ook geen hoger beroep mogelijk was, leverde dit voor betrokkenen een rechtsonzekerheid op die, ook in het licht van art. 6 en 8 EVRM, niet gerechtvaardigd kon worden.

Hoewel de rechtsgrond en de termijn van de voorlopige OTS zijn verbeterd, is de rechtspositie van betrokkenen niet verbeterd in de zin dat zij nu hoger beroep kunnen instellen tegen een voorlopige OTS.<sup>73</sup> Door de wetgever is er bewust voor gekozen om hoger beroep uit te sluiten en slechts cassatie in het belang der wet mogelijk te maken (art. 807 Rv). Merkwaardig is overigens dat hoger beroep tegen een machtiging UHP niet is uitgesloten in het kader van een voorlopige OTS.<sup>74</sup> Aangezien het bij een voorlopige OTS meestal gaat om crisissituaties in een gezin waarbij snel moet worden ingegrepen, gaat dit eigenlijk altijd samen met een (tijdelijke) UHP<sup>75</sup> van de minderjarige. Nu hoger beroep tegen

70 Deze termijn was ook voorgesteld door de Raad voor het Jeugdbeleid in haar rapport uit 1991 (p. 50-51). In de Nota Kosto werd nog aangegeven dat de voorlopige OTS aan een tijdsduur van ten hoogste zes maanden zou worden gebonden (p. 30). Het oude wetsartikel 257 boek 1 BW gaf enkel aan dat “het voorlopig toezicht blijft gelden, totdat omtrent de OTS bij gewijsde is beslist.”

71 *Kamerstukken II*, 1992-1993, nr. 3 (MvT), p. 32.

72 Wet van 26 april 1995, Stb. 255.

73 De NGR ziet niet in waarom niet is gekozen voor een beroepsmogelijkheid aangezien een voorlopige OTS ingrijpend is voor ouders en kind; zie commentaar NGR (1995), p. 31.

74 Dit wordt door de wetgever ook bevestigd: zie *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23 808, nr. 3, p. 9.

75 In de praktijk wordt met een voorlopige OTS meestal een spoedmachtiging UHP gegeven voor een termijn van drie maanden. Over de termijn van een spoedmachtiging UHP is echter wettelijk niets geregeld.



een machtiging UHP wel mogelijk is, kan hieruit worden afgeleid dat de rechtspositie van betrokkenen bij een voorlopige OTS niet zo zwak is dat deze vorm van overheidsingrijpen in het geheel niet kan worden getoetst in hoger beroep. Overigens is het nog maar de vraag of hoger beroep binnen de termijn van drie maanden haalbaar is. Na drie maanden vervalt immers de voorlopige OTS en worden verzoekers in hoger beroep volgens vaste rechtspraak niet-ontvankelijk verklaard (zie verder hfst. 9).

Tenslotte wil ik nog een kanttekening plaatsen bij de regel dat de voorlopige OTS *‘hangende het onderzoek’* kan worden uitgesproken. In de rechtspraak komt het er meestal op neer dat nog geen onderzoek door de rechter is gestart naar de OTS op verzoek van de RvdK, wat verklaarbaar is aangezien het gaat om situaties waarin acuut ingrijpen noodzakelijk is. Er is dan simpelweg nog geen tijd geweest om een verzoek tot OTS, gebaseerd op een afgerond raads-onderzoek, in te stellen. Een voorlopige OTS kan in noodsituaties binnen enkele uren door de rechter worden uitgesproken. Deze handelwijze wordt door de RvdK juridisch gedekt door bovenaan het verzoek tot voorlopige OTS een zinsnede op te nemen als *‘de RvdK verzoekt u om het hierna genoemde kind onder toezicht te stellen. Omdat de maatregel dringend nodig is en niet kan worden uitgesteld, verzoeken wij u om het kind alvast voorlopig onder toezicht te stellen.’* Het is dan ook niet zo dat betrokkenen, in de eerste plaats de ouders en de minderjarige, worden beschermd tegen onrechtmatig ingrijpen in de zin dat een voorlopige OTS niet kan worden uitgesproken als niet eerst een verzoek tot OTS van de RvdK, inclusief een voldoende onderbouwd raadsrapport, is ingediend bij de kinderrechter. Het is gezien de rechtswaarborgen van betrokkenen dan ook toe te juichen dat sinds de wetswijziging in 1995 de rechtsgrond en de termijnen van de voorlopige OTS zonder voorafgaand verhoor zijn verbeterd.

### 5.3.3 Voorlopige toevertrouwing

Ook de andere voorlopige kinderschermingsmaatregel, de voorlopige toevertrouwing, is vanaf de jaren zeventig aan kritiek onderhevig. Een minderjarige kan voorlopig aan de RvdK worden toevertrouwd na een beslissing tot schorsing of onttrekking van het gezag van de ouders of voogd of zonder beslissing tot schorsing of onttrekking. In dit laatste geval gaat het om twee mogelijkheden: als minderjarigen niet onder het wettelijk vereiste gezag staan of dit gezag niet wordt uitgeoefend, of als een kind jonger dan zes maanden, dat niet onder voogdij staat van een rechtspersoon, zonder voorafgaande toestemming van de RvdK als pleegkind is opgenomen. In beide gevallen kan de Officier van Justitie het kind voorlopig aan de RvdK toevertrouwen. In het geval dat een minderjarige niet onder het wettelijk gezag staat of dit gezag niet wordt uitgeoefend, kan tot een voorlopige toevertrouwing worden besloten indien dit *‘ter voorkoming van zedelijke of lichamelijke ondergang dringend en onverwijld noodzakelijk is.’* In beide situaties moet de RvdK binnen zes weken een verzoek indienen bij de rechter voor een voorziening in het gezag.

De Officier van Justitie kan ook beslissen tot onttrekking van het gezag van de ouders wegens feiten die tot ontzetting of gedwongen ontheffing kunnen leiden. De onttrekking van het gezag gaat altijd samen met een voorlopige toevertrouwing. Als de Officier van Justitie niet binnen veertien dagen bekrachtiging vordert aan de rechtbank, vervalt de voorlopige toevertrouwing. Als de rechtbank de voorlopige toevertrouwing bekrachtigt en een beslissing tot schor-

sing van het ouderlijk gezag neemt, geldt dit voor een door de rechter vastgestelde termijn.

Behalve de Officier van Justitie kan ook een kinderrechter ambtshalve één of beide ouders geheel of gedeeltelijk schorsen in de uitoefening van het ouderlijk gezag. Dit kan gedurende een echtscheidingsprocedure en tijdens een ontzetting- of gedwongen ontheffingsprocedure. Als beide ouders worden geschorst of als de ouder die alleen het gezag uitoefent wordt geschorst, zal de minderjarige aan de RvdK worden toevertrouwd. De schorsing met de eventuele voorlopige toevertrouwing eindigt als de echtscheidingsprocedure is beëindigd of als de rechtbank uitspraak heeft gedaan over het verzoek tot ontzetting of gedwongen ontheffing en de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan. Tegen de beslissingen tot schorsing en voorlopige toevertrouwing is geen hoger beroep mogelijk.<sup>76</sup>

De kritiek op de voorlopige toevertrouwing is gelijk aan de bovenbesproken kritiek op de voorlopige OTS zoals deze gold tot 1995. Een voorlopige toevertrouwing kan namelijk ook geruime tijd doorlopen zonder dat hoger beroep kan worden ingesteld tegen de beslissing. Een Officier van Justitie heeft hierbij vergaande bevoegdheden om zonder rechterlijke machtiging een minderjarige voorlopig toe te vertrouwen aan de RvdK. De commissie Enschedé wijst hier in haar rapport uit 1964 al op: *“aandacht verdient het... dat de wet hier aan de Officier van Justitie een aantal in sterke mate prejudiciërende bevoegdheden van zeer ingrijpende aard toekent. De Officier van Justitie die een voorlopige toevertrouwing toepast, hanteert daarmee een machtsmiddel waarbij de rechten van de burgers, met name die van ouders en verzorgers, ernstig in het gedrang kunnen komen... het is nodig dat de Officier van Justitie ze alleen in het onvermijdelijke geval hanteert.”*<sup>77</sup>

De rechter dient wel binnen veertien dagen de beslissing van de Officier van Justitie te bekrachtigen. Na bekrachtiging kan een voorlopige toevertrouwing nog voor lange tijd gelden, totdat door de rechter een definitieve beslissing is genomen. Hieruit blijkt dat de rechtspositie van betrokkenen slecht is geregeld. Er wordt vanaf de jaren zeventig dan ook voor gepleit om deze te versterken.

De commissie Wiarda lijkt het gewenst een termijn van zes weken te stellen waarbinnen de RvdK een verzoek tot een definitieve maatregel bij de rechter kan indienen. Het voorstel is om deze termijn van zes weken tot vervaltermijn te maken.<sup>78</sup> De commissie Vliegenthart beveelt in haar rapport uit 1990 aan de termijn van zes weken uit art. 1:241 BW tot vervaltermijn te maken, waarna zonder verzoek van de RvdK of vordering van de Officier van Justitie aan de rechtbank de maatregel van rechtswege vervalt.<sup>79</sup> Ook wordt gewezen op het gebrek aan rechtswaarborgen omdat tegen de ingrijpende beslissing tot voorlopige toevertrouwing geen hoger beroep mogelijk is. Staatssecretaris Kosto reageert hier afwijzend op. *“Aangezien herroeping door de rechtbank van de schorsing van een ouder in de uitoefening van de ouderlijke macht of de voogdij gedurende het geding tot ontheffing of ontzetting mogelijk is vóórdat de eindbeslissing is genomen, acht ik de door de commissie Vliegenthart voorgestelde*

---

<sup>76</sup> Art. 949 oud Rv.

<sup>77</sup> Rapport cie. Enschedé (1964), p. 35-36.

<sup>78</sup> Rapport cie. Wiarda (1971), p. 167. Het gaat hierbij om een vervaltermijn van zes weken bij elke voorlopige toevertrouwing aan de RvdK, dus niet alleen op grond van art. 1:241 BW (bij gezagsvacuüm).

<sup>79</sup> *Kamersstukken II*, 1990-1991, 21 818, nr. 1-2, p. 46. Het gaat hier uitdrukkelijk om een voorlopige toevertrouwing op grond van art. 1:241 BW.

*mogelijkheid van hoger beroep tegen de beslissing tot schorsing niet nodig.*<sup>80</sup> Wel wil hij het voorstel overnemen om van de termijn van zes weken uit art. 1:241 lid 2 en 3 BW een vervaltermijn te maken.

Behalve de kritiek op de zwakke rechtspositie van belanghebbenden vanwege het ontbreken van de mogelijkheid tot hoger beroep en het ontbreken van een vervaltermijn voor voorlopige toevertrouwing, waardoor deze langdurig kan doorlopen, is er nog een derde aspect in de regeling van voorlopige toevertrouwing dat om aandacht vraagt. Dit betreft het feit dat de RvdK met de zorg is belast over een minderjarige die voorlopig aan haar is toevertrouwd. Deze taak van de RvdK is enigszins merkwaardig, nu de uitvoering van de overige maatregelen van kinderscherming is opgedragen aan een (gezins)voogdij-instelling. De Ruiter wijst al in 1972 op het duidelijke en structurele verschil tussen enerzijds de taken van de RvdK en de rechter en anderzijds die van de uitvoerende organen oftewel de hulpverleningsinstellingen. *“Een bescheiden maar toch niet onbelangrijke concentratie der hulpverlening kan verder worden bereikt door de hulpverleningstaak, die de RvdK wel heeft, over te dragen aan die ene instelling. Ik doel op de voorlopige toevertrouwing van minderjarigen aan de Raad... Aangezien de toevertrouwing in de meeste gevallen uitloopt op een maatregel van kinderscherming zou het mijns inziens goed zijn de Raad hier zo veel mogelijk uit te schakelen en daarvoor in de plaats te stellen de jeugdbeschermingsinstelling.”*<sup>81</sup> Dit zou volgens De Ruiter als voordeel hebben dat er meer eenheid en continuïteit in de hulpverlening wordt verkregen, omdat dezelfde instelling zowel in de voorlopige als definitieve fase met de zorg wordt belast. Een ander voordeel zou zijn dat er meer duidelijkheid is over de taken van de RvdK, doordat de RvdK uitsluitend werkzaam is op het justitieel gebied dat is afgebakend van dat van de hulpverlening. Ook de commissie Vliegenthart adviseert in haar rapport de minister van Justitie te onderzoeken of een overdracht van de voorlopige toevertrouwing van minderjarigen van RvdK naar de voogdij-instelling niet zinvol is. *“Daarmee zou tevens het ‘gesloten circuit’ komen te vervallen, dat nu optreedt wanneer de Raad voor de Kinderbescherming de Officier van Justitie (informeel) verzoekt een minderjarige aan die Raad zelf toe te vertrouwen.”*<sup>82</sup>

#### 5.3.4 Voorlopige voogdij

Begin jaren negentig wordt als reactie op deze kritiek een wetsvoorstel ter herziening van de voorlopige maatregelen van kinderscherming ingediend. De belangrijkste doelstelling van de wetswijziging is een versterking van de rechtspositie van belanghebbenden bij een voorlopige toevertrouwing en een verbetering van de rechtswaarborgen met betrekking tot de kinderschermingsmaatregelen. Hiertoe wordt de maatregel van voorlopige toevertrouwing van een minderjarige aan de RvdK grondig herzien. De maatregel wordt hernoemd en zal voortaan als voorlopige voogdij worden aangeduid. De voorlopige voogdij kan op grond van art. 1:241 of 1:272 en 1:332 BW slechts worden opgelegd *‘indien dit dringend en onverwijld noodzakelijk is.’* De maatregel kan, net als de voorlopige OTS, worden opgelegd zonder voorafgaand verhoor van

---

80 Nota Kosto (1990), p. 30.

81 De Ruiter (1972), p. 30.

82 *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21 818, nr. 1-2, p. 53.

belanghebbenden; zij moeten wel binnen twee weken op de zitting worden gehoord (art. 800 lid 3 jo 809 lid 3 Rv).

De voorstellen tot het invoeren van een vervalttermijn voor de maatregel worden overgenomen. De zes-wekentermijn van art. 1:241 BW wordt tot vervalttermijn gemaakt, niet alleen voor een voorlopige voogdij op grond van art. 1:241 BW maar ook op grond van art. 1:272 en 1:332 BW. Zodoende is het niet meer mogelijk om de voorlopige maatregel onbeperkt te laten voortduren zonder dat een verzoek tot het treffen van een definitieve beslissing is ingediend. De voorlopige voogdij verliest haar kracht als niet binnen zes weken een verzoek wordt ingediend bij de rechter. Immers, *“binnen een redelijke termijn dient duidelijk te zijn wat het vervolg op deze maatregel is.”*<sup>83</sup> De rechtszekerheid voor de betrokken minderjarige en zijn of haar ouders is ermee gediend dat tijdig duidelijkheid wordt verschaft omtrent het verdere verloop van de procedure.

Ook in een ander opzicht worden de rechtswaarborgen omtrent de maatregel van voorlopige voogdij verbeterd. Een Officier van Justitie kan niet langer tot voorlopige voogdij beslissen; de beslissingsbevoegdheid wordt in alle gevallen aan de kinderrechter opgedragen. *“Dat de rechter in plaats van de Officier van Justitie bevoegd wordt om de maatregel, die verstrekkende gevolgen kan hebben omdat zij meestal gepaard gaat met verwijdering van kinderen uit het gezin, te treffen, ligt in de lijn van het wetsvoorstel tot herziening van de maatregel van OTS waarin voor uithuisplaatsing van een minderjarige een rechterlijke machtiging vereist is”*<sup>84</sup>, aldus de minister van Justitie. Behalve een verbetering van de rechtswaarborgen wordt beoogd om de rechtseenheid ten aanzien van de maatregel te bevorderen doordat niet langer twee instanties tot een voorlopige voogdij kunnen beslissen.

Ook wordt vanwege het ingrijpende karakter van de maatregel hoger beroep mogelijk gemaakt. Dit wordt volgens de minister van Justitie om een aantal redenen wenselijk geacht. De voorlopige voogdij is een ingrijpende maatregel die lang kan voortduren bij aanhouding door de rechter. De voorlopige voogdij gaat bijna altijd gepaard met een UHP. Het enkele tijdsverloop brengt dan mee dat de maatregel een definitief karakter krijgt omdat de feitelijke situatie steeds moeilijker omkeerbaar wordt. Bij een voorlopige OTS kan tegen een machtiging UHP door belanghebbenden wel hoger beroep worden ingesteld. *“Het verschil met de rechtspositie van de ouder in de OTS valt op... dat de beschikbaarheid van rechtsmiddelen die een ouder bij uithuisplaatsing ter beschikking staan afhankelijk is van de aard van de maatregel, is niet te rechtvaardigen.”*<sup>85</sup> Dit alles maakt het zeer wenselijk dat hoger beroep mogelijk wordt tegen de voorlopige voogdij.

De maatregel van voorlopige voogdij zal niet langer worden uitgevoerd door de RvdK, maar door een voogdij-instelling. Deze wijziging past in de herziening van de taken van de RvdK. De verantwoordelijkheid van de RvdK over de aan haar toevertrouwde minderjarigen past niet goed in haar takenpakket. Een voogdij-instelling is voor deze taak beter toegerust, aangezien het vaak gaat om het uitoefenen van de volledige voogdij.<sup>86</sup>

---

83 *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23 808, nr. 3 (MvT), par. 2.1.

84 *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23 808, nr. 3 (MvT), par. 2.2.

85 *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23 808, nr. 3 (MvT), par. 2.5.

86 Het hoeft niet altijd om volledige voogdij te gaan, de rechter bepaalt immers welke bevoegdheden ten aanzien van persoon en vermogen van de minderjarige worden toegekend.

Behalve deze extra rechtswaarborgen voor betrokkenen bij een voorlopige voogdij worden ook nog enkele andere wijzigingen doorgevoerd. De voorlopige voogdij kan niet langer door een rechter worden opgelegd tijdens een echtscheidingsprocedure. Wel wordt het voor de rechtbank mogelijk om tijdens een echtscheidingsprocedure op verzoek van een ouder of van de RvdK een OTS op te leggen. Dit betekent dat nu een minder verstreckende maatregel van kinderscherming kan worden uitgesproken op grond van art. 823 Rv.<sup>87</sup> Een andere wijziging is dat naast de mogelijkheid voor de rechtbank om tijdens een procedure tot ontzetting of gedwongen ontheffing een voorlopige voogdij uit te spreken, het ook mogelijk wordt om een minderjarige ambtshalve onder toezicht te stellen. Met deze regeling wordt het beginsel van proportionaliteit benadrukt; als een lichtere vorm van ingrijpen mogelijk is, dient hieraan de voorkeur te worden gegeven. Het zou dan omslachtig zijn om de zaak eerst te verwijzen naar de kinderrechter, die vervolgens op verzoek een OTS kan uitspreken. Het ambtshalve opleggen van een OTS vormt een uitzondering op de regel dat de kinderrechter sinds de wetswijziging van 1995 nog slechts op verzoek een OTS kan opleggen.<sup>88</sup>

Het wetsvoorstel tot wijziging van de voorlopige maatregelen van kinderscherming wordt enthousiast ontvangen in de Tweede Kamer. De kamerfracties juichen de verbetering van de rechtswaarborgen voor ouders en minderjarigen bij een maatregel van voorlopige voogdij toe en wijzen er op dat de rechtsbescherming voor belanghebbenden wordt verbeterd. De vervaltermijn van zes weken, de mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep, de garantie van een onafhankelijke rechterlijke beslissing op een verzoek tot voorlopige voogdij en een belasting van de voogdij-instelling met de uitvoering van de voorlopige voogdij worden zeer waardevol geacht. Het wetsvoorstel treedt dan ook zonder nadere wijzigingen op 1 juli 1997 in werking.<sup>89</sup>

### 5.3.5 *Conclusie voorlopige voogdij*

De maatregel van voorlopige voogdij is met meer rechtswaarborgen omkleed dan de oude maatregel van voorlopige toevertrouwing. In een aantal opzichten is de rechtspositie van belanghebbenden versterkt. Ouders en minderjarigen hebben sinds 1997 de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen tegen een rechterlijke beslissing tot voorlopige voogdij. Dit is een belangrijke verbetering ten opzichte van de oude regeling, maar toch dienen hier enige kanttekeningen te worden geplaatst. Net als bij de voorlopige OTS gaat het namelijk om een tijdelijke maatregel die maar voor korte termijn geldt. Nu volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad een belanghebbende niet-ontvankelijk is na het instellen van hoger beroep als de termijn van de maatregel is verlopen omdat er geen belang meer zou bestaan bij een uitspraak van een hogere rechter, betekent dit dat de mogelijkheid van hoger beroep in veel gevallen slechts een fictieve verbetering van de rechtspositie inhoudt. De voorlopige voogdij zal veelal zijn afgelopen op het moment dat de beschikking van de kinderrechter in hoger beroep wordt behandeld. Het valt dan ook te hopen dat de Gerechtshoven zaken

---

87 Mijns inziens is deze regeling overbodig omdat ook tijdens een echtscheidingsprocedure de algemene OTS-regeling (titel 14 afdeling 4 Boek 1 BW) kan worden toegepast. Zo ook Doek/Vlaardingerbroek (1998), p. 170, voetnoot 3.

88 Zie voor een aantal praktische vragen bij deze regeling Doek/Vlaardingerbroek (1998), par. 7.5.2a.

89 Wet van 23 januari 1997, Stb. 1997, 38.

betreffende voorlopige voogdij, net als zaken betreffende voorlopige OTS met UHP, met spoed op de zitting zullen behandelen om het recht op hoger beroep van ouders en minderjarige zoveel mogelijk inhoud te kunnen geven.<sup>90</sup>

De voorlopige voogdij is evenals de voorlopige OTS aan termijnen gebonden. Voor de maatregel van voorlopige voogdij geldt dat het om een vervaltermijn van zes weken gaat; binnen deze termijn dient een verzoek aan de rechtbank te worden ingediend. Als echter eenmaal een verzoek is ingediend, kan er nog geruime tijd overheen gaan voordat een rechterlijke beslissing wordt genomen op dit verzoek. Deze periode is niet aan een termijn gebonden en kan dan ook lang zijn, want een rechter kan de zaak bijvoorbeeld aanhouden omdat nader onderzoek is vereist. Tijdens de bespreking van herziening voorlopige voogdij in de Tweede Kamer wijzen zowel de CDA-fractie als de D66-fractie op de onwenselijkheid hiervan en zij stellen dan ook voor om ook aan de periode waarin de RvdK onderzoek doet een termijn van drie maanden te verbinden. De Nederlandse Gezinsraad bepleit in plaats van de vervaltermijn van zes weken een gerechtelijke beslistermijn van drie maanden, waarbinnen de rechter een eindbeslissing dient te geven.<sup>91</sup> De minister van Justitie verwerpt dit voorstel met de argumenten dat het tot de taak van de RvdK behoort om er zorg voor te dragen dat zo snel mogelijk definitief in het wettelijk gezag wordt voorzien en dat een rechter oordeelt over een verzoek tot aanhouding van de behandeling van de zaak, waarbij de tijdelijke aard van de maatregel in relatie tot de complexiteit van de situatie worden beoordeeld. De minister ziet ten tijde van de inwerkingtreding van de maatregel van voorlopige voogdij dan ook geen goede redenen om een termijn te verbinden aan het onderzoek van de RvdK.<sup>92</sup> Toch moet worden gerealiseerd dat in de praktijk een termijn van zes weken (te) kort is om een raadsonderzoek af te ronden. Dit wordt binnen de rechtbanken opgelost door bijvoorbeeld een termijn van zes weken aan te houden voor het indienen van een eerste verzoek na voorlopige voogdij, dat op een later moment verder kan worden aangevuld of uitgebreid omdat de mondelinge behandeling wordt uitgesteld. Ook komt het een enkele keer voor dat de termijn van zes weken wordt verlengd. De maatregel van voorlopige voogdij wordt ook vaak verlengd.<sup>93</sup> In dit soort zaken zullen alle partijen echter alert moeten blijven om de maatregel van voorlopige voogdij, die toch zeer ingrijpend is voor ouders en minderjarige, zo kort mogelijk te laten duren.

Uit een in opdracht van de minister van Justitie gehouden onderzoek naar de toepassing van de voorlopige voogdij in het jaar 1998 blijkt dat de termijn van zes weken in een relatief groot aantal gevallen als te kort wordt ervaren. *“De termijn van zes weken werd een juist midden geacht tussen een redelijke tijd die aan de RvdK moet worden gegund om een verzoek voor te bereiden en de rechtszekerheid die voor de betrokken minderjarige en diens familieleden van belang is. Wanneer een voor betrokkenen zeer ingrijpende ordemaatregel als de*

---

90 Zie hfst. 9.

91 In het voorstel van de NGR zou na drie maanden een éénmalige mogelijkheid tot aanhouding bestaan indien de RvdK daartoe gegronde redenen aanvoert. De NGR wijst bij een vervaltermijn van zes weken namelijk op het gevaar dat de RvdK direct met een niet volledig uitgewerkt verzoek tot een gezagsvoorziening en een aanhoudingsverzoek zal komen omdat zes weken te kort zijn voor een afgerond onderzoek. Zie commentaar NGR (1995), p. 29-30.

92 *Kamerstukken II*, 1995-1996, 23 808, nr. 5, p. 3.

93 Dit alles blijkt uit een in opdracht van de minister van Justitie gehouden onderzoek naar het gebruik van de voorlopige voogdij in 1998, in het bijzonder naar de termijn van zes weken. Zie *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 800 VI, nr. 80, p. 3.

*voorlopige voogdij wordt getroffen, dient binnen een redelijke termijn duidelijk te zijn wat het vervolg op deze voorlopige maatregel is... Te veel procedurele aanhoudingen kunnen leiden tot het via een omweg toch verlenging van de termijn verkrijgen als er niet voldoende tijd is om tot een zorgvuldige afweging te komen*<sup>94</sup>, aldus de minister. Uit het onderzoek blijkt dat de RvdK vaak drie maanden nodig heeft om tot een zorgvuldige afweging te komen. Hoewel het in het belang van de burger is dat het onderzoek snel wordt afgerond, is het evenzeer in zijn belang dat het onderzoek zorgvuldig wordt uitgevoerd. Daarom kondigt de minister aan dat een wetsvoorstel zal worden voorbereid dat het voor de rechter mogelijk moet maken om, indien noodzakelijk, de voorlopige voogdij eenmaal met zes weken te verlengen.

Over het ingrijpende karakter van de voorlopige voogdij kan nog een discrepantie tussen theorie en praktijk worden opgemerkt. Volgens de wet kan een rechter bij het uitspreken van een voorlopige voogdij vaststellen welke bevoegdheden ten aanzien van de persoon en het vermogen van de minderjarige worden toegekend aan de voogdij-instelling. De minister van Justitie merkt over deze bevoegdheid op dat de kinderrechter kan bepalen *“in welke mate het noodzakelijk is om bevoegdheden met betrekking tot de persoon van de minderjarige aan de voogdij-instelling toe te kennen. Indien de maatregel slechts nodig is teneinde een minderjarige uit huis te plaatsen, behoeft de bevoegdheid van de voogdij-instelling ten aanzien van de persoon van de minderjarige zich niet uit te strekken tot bijvoorbeeld het kiezen van een school. Indien dat noodzakelijk is (cursivering: MB) kan de kinderrechter de voogdij-instelling met het gehele gezag over de persoon van het kind belasten.”*<sup>95</sup> In theorie is dit een prachtige uitwerking van het proportionaliteitsbeginsel: het ouderlijk gezag wordt met een maatregel van voorlopige voogdij slechts beperkt voor zover dit noodzakelijk is in het belang van het kind. Het is echter nog maar de vraag of de maatregel in de rechtspraak ook als zodanig wordt gebruikt. Is het niet eerder zo dat een verzoek tot voorlopige voogdij door een kinderrechter wordt toegewezen door in de beschikking met een standaardclausule vast te stellen dat *‘de voogdij-instelling wordt belast met het gehele gezag over de persoon en het vermogen van de minderjarige’*? Mijns inziens dwingt de regeling van voorlopige voogdij een rechter om bij het uitspreken van de maatregel het proportionaliteitsbeginsel serieus te nemen door het ouderlijk gezag tijdelijk bij de voogdij-instelling te leggen voor zover dit ten aanzien van de persoon en het vermogen van de minderjarige moet worden beperkt. Hierbij past een creatief gebruik van de wettelijk gegeven mogelijkheden.

#### 5.4 Conclusie

De meest recente wetswijzigingen van de OTS en de voorlopige maatregelen van kinderscherming hebben geleid tot meer zuiverheid in de taakverdeling tussen de RvdK als verzoekende instantie, de kinderrechter als juridische beslissende en de (gezins-)voogdij-instelling als uitvoerende instantie. Zowel in de OTS-procedure als in de regeling van voorlopige voogdij zijn hiertoe veranderingen doorgevoerd. In de OTS-procedure kan de kinderrechter niet langer ambtshalve beslissen maar nog enkel op verzoek. Ook is de taak van de kinderrechter terug-

94 *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 800 VI, nr. 80, p. 4.

95 *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23 808, nr. 3, p. 13.

gebracht tot die van rechter, en is de verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de OTS bij de GVI gelegd. De onpartijdigheid van de kinderrechter is hiermee gegarandeerd. De regeling van voorlopige voogdij is zodanig gewijzigd dat de Officier van Justitie niet langer kan beslissen maar nog slechts kan verzoeken, waarna de kinderrechter de beslissing neemt. Voor elke vorm van overheidsinterventie in het gezin is nu een rechterlijke beslissing nodig. Dit geldt bijvoorbeeld ook voor de UHP in het kader van een OTS; de kinderrechter bepaalt voor welke categorie UHP een machtiging wordt afgegeven. Dit beperkt de beleidsvrijheid van de GVI en waarborgt dat elke inbreuk op het gezinsleven wordt gecontroleerd en gesanctioneerd door de kinderrechter. De staatssecretaris van Justitie meent dat *“een duidelijke en goede rechtspositie van de betrokken ouders en minderjarige het best gediend is met een systeem waarin weliswaar de GVI de uithuisplaatsing initieert, maar haar bevoegdheid tot plaatsing ontleent aan de machtiging van de kinderrechter die deze machtiging voor een bepaald doel verleent.”*<sup>96</sup>

De RvdK heeft niet langer een uitvoerende taak in kinderbeschermingszaken. Bij een voorlopige voogdij van een minderjarige is niet langer de RvdK maar de voogdij-instelling verantwoordelijk voor de verzorging en opvoeding van de minderjarige. De wijzigingen die betrekking hebben op de taakverdeling van de RvdK, de kinderrechter en de uitvoerende instelling hebben aldus geleid tot meer rechtswaarborgen voor betrokkenen bij een maatregel van kinderbescherming.

De wetswijzigingen hebben er ook toe geleid dat de rechtspositie van betrokkenen is verbeterd in de zin dat vaker beroep op een rechter openstaat. Ouders, verzorgers en minderjarigen hebben meer juridische mogelijkheden gekregen om beroep in te stellen bij de kinderrechter of hoger beroep in te stellen bij een Gerechtshof. In de OTS-regeling kunnen ouders met gezag en minderjarigen in de leeftijd van twaalf jaar en ouder bijvoorbeeld bij de kinderrechter in beroep gaan tegen een concrete beslissing van de GVI die in de vorm van een schriftelijke aanwijzing is gegeven. Pleegouders hebben sinds de meest recente OTS-wijziging ook juridische bevoegdheden gekregen, namelijk tot het verzoeken van een OTS aan de kinderrechter en het verzoeken van het afzien van een wijziging verblijfplaats van de minderjarige aan de GVI. Tegen een voorlopige voogdij kan nu hoger beroep worden ingesteld door belanghebbenden. Dit geldt niet voor de voorlopige OTS, maar aangezien er dan meestal ook sprake is van een (spoed)UHP waartegen wel hoger beroep mogelijk is, kan de beslissing tot UHP in het kader van een voorlopige OTS ook door een hogere rechter worden getoetst. De rechtsbescherming van direct betrokkenen bij overheidsinterventie in het gezinsleven is hierdoor vergroot.

In de OTS-regeling en de regeling van de voorlopige OTS en voorlopige voogdij zijn verder meer termijnen ingevoerd, waardoor de rechtsbescherming wordt verbeterd. Bij een OTS geldt dat een verdere inbreuk in het gezinsleven door een UHP aan een termijn is gebonden: als een machtiging UHP niet binnen drie maanden wordt gebruikt, vervalt deze. Een machtiging dient door de GVI pas te worden verzocht op het moment dat dit noodzakelijk is. De voorlopige OTS kan gelden voor maximaal drie maanden; binnen deze termijn dient een beslissing te zijn genomen over een eventuele OTS. Voor de maatregel van voorlopige voogdij, die niet slechts een beperking van het gezag inhoudt maar een tijdelijke ontneming van het gezag met zich meebrengt, geldt een verval-

---

96 *Kamerstukken II, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 17.*



termijn van zes weken; binnen zes weken moet een verzoek zijn ingediend tot een voorziening in het gezag, een ontheffing of een ontzetting. Verder geldt voor de voorlopige maatregelen van kindbescherming dat deze, indien dringend en onverwijld noodzakelijk, zonder voorafgaand verhoor kunnen worden opgelegd, indien het verhoor binnen twee weken plaatsvindt. De invoering van maximale termijnen betekent een procedurele verbetering voor betrokkenen.

Veel van de kritiek met betrekking tot de kindbescherming in de zeventiger jaren ging in de kern over de macht van die kindbescherming, dat onder andere een gevolg was van de verstrengeling van beslissende en uitvoerende taken en de geslotenheid van het systeem. In de afgelopen vijftientig jaar zijn hierop een tweetal reacties te signaleren. Ten eerste heeft er, ook onder invloed van art. 6 EVRM, een versterking plaatsgevonden van de rechtspositie van ouders, minderjarigen en pleegouders. Ten tweede is er een meer duidelijke afbakening doorgevoerd van de posities en taken van de spelers in het veld, te weten de RvdK, de kinderrechter en de GVI, waarmee de verstrengeling van belangen en de geslotenheid van het systeem van kindbescherming is tegengegaan. De aandacht heeft zich voornamelijk gericht op een verbetering van procedurele aspecten. Met de doorgevoerde wetswijzigingen zijn de verschillende vormen van overheidsinterventie in het gezinsleven met meer rechtswaarborgen omkleed. De versterking van de rechtspositie van direct betrokkenen bij een maatregel van kindbescherming is echter niet gezocht in een nauwkeuriger omschrijving van de rechtsgronden van en de doelstellingen bij overheidsinterventie, en in meer controle op het uitvoeringsbeleid van de instellingen voor wat betreft minderjarigen die met een maatregel uit huis zijn geplaatst.

De kritiek op het voorontwerp voor herziening van de OTS uit 1979, namelijk dat een herziening van het gehele maatregelenpakket meer op haar plaats zou zijn dan een geïsoleerde behandeling van de OTS, lijkt in de jaren negentig verdwenen.<sup>97</sup> Over een herziening van de maatregelen tot ontneming van het gezag wordt begin jaren negentig niet gesproken. Dit valt misschien te verklaren uit het feit dat deze maatregelen beduidend minder worden toegepast en dat de procedurele waarborgen bij een ontheffing en ontzetting daarom ook minder aandacht hebben.<sup>98</sup> De noodzaak tot een wijziging van alle kindbeschermingsmaatregelen wordt in elk geval niet meer expliciet benadrukt.

De discussie over een duidelijke rechtvaardiging van de inbreuk op het gezinsleven bij toepassing van een maatregel van kindbescherming (door heldere rechtsgronden en duidelijke doelstellingen van de verschillende maatregelen, waardoor de grenzen tussen de maatregelen helder zijn en dit leidt tot rechtszekerheid voor de burger) lijkt dan ook naar de achtergrond verdwenen en te hebben plaatsgemaakt voor een voortdurende aandacht voor de versterking van de rechtspositie van betrokkenen. Dit is verklaarbaar vanuit de gedachte dat het gebruik van ruime rechtsgronden in de wet gecompenseerd kan worden door een sterke rechtspositie van betrokkenen bij een maatregel. Zodoende kan bijvoorbeeld de rechterlijke interpretatie van een ruime rechtsgrond opnieuw getoetst worden bij het instellen van hoger beroep. Toch is het van belang om bij het spreken over de huidige directe rechtvaardiging van overheidsinterventie te

---

97 Een uitzondering is Koens (1994), die in zijn oratie juist uitdrukkelijk pleit voor een herziening van het gehele maatregelenpakket.

98 Doek (1997) vraagt wel aandacht voor het volledig ontbreken van toetsing bij de plaatsingspraktijk van voogdij-instellingen en stelt een jaarlijkse rapportage per minderjarige door de instelling voor of een gemotiveerd bericht van elke overplaatsing (p. 114).

beoordelen wat de rechtsgronden en doelstellingen zijn van de kindbeschermingsmaatregelen. In de volgende hoofdstukken zal worden geanalyseerd of deze in de laatste decennia op enige manier zijn gewijzigd.



## 6 Ontwikkeling van rechtsgronden

### 6.1 Inleiding

De rechtsgronden die van toepassing zijn op de verschillende maatregelen van kinderbescherming kunnen een duidelijke rechtvaardiging bieden voor de overheidsinbreuk die gemaakt wordt op het recht op respect voor het gezinsleven en op het ouderlijk gezag. Deze rechtsgronden zijn echter, zoals hieronder zal blijken, sinds de eerste wettelijke formuleringen nauwelijks gewijzigd. Voor de rechtsgrond van een OTS geldt dat behalve de slechts qua taalgebruik gemoderniseerde open norm binnen de rechtsgrond, namelijk *‘bedreiging met de geestelijke of lichamelijke belangen of de gezondheid’*, nog wel een ander aspect aan de rechtsgrond is toegevoegd. Als extra voorwaarde voor het uitspreken van een OTS geldt sinds 1995 dat andere, minder ingrijpende middelen ter bescherming van de minderjarige moeten hebben gefaald of naar alle verwachting zullen falen. Dit criterium weerspiegelt de gedachte van subsidiariteit in de kinderbescherming: pas indien dit noodzakelijk is, dient een maatregel van kinderbescherming te worden opgelegd. De codificatie van dit uitgangspunt in de wet is echter slechts een bevestiging van reeds bestaand beleid.

De open rechtsgronden zijn bewust als zodanig in het Nederlandse rechtstelsel opgenomen, ondanks de kritiek hierop die door de jaren heen is geleverd. Over het algemeen lijkt er echter maatschappelijk gezien overeenstemming te bestaan over het feit dat voor de maatregelen van kinderbescherming uitdrukkelijk is gekozen voor open rechtsnormen die door de rechter in verschillende, niet wettelijk gelimiteerde situaties kunnen worden toegepast. Dit voorkomt het probleem waarop wel wordt gewezen bij concrete, duidelijk afgebakende rechtsnormen, namelijk dat er in een bepaalde situatie niet kan worden ingegrepen, omdat de omstandigheden van het geval niet voldoen aan de rechtsnorm.

In dit hoofdstuk zullen de huidige rechtsgronden voor de maatregelen van kinderbescherming centraal staan. Hierbij zal eerst worden aangegeven wat de huidige rechtsgronden inhouden, waarna een meer theoretische verhandeling zal volgen over het gebruik van open normen in het recht en de voordelen en nadelen die hieraan zijn verbonden. Ook zal aandacht worden geschonken aan de opvatting van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over het gebruik van open normen bij kinderbescherming.

### 6.2 Rechtsgrond OTS

De rechtsgrond voor een OTS is sinds de invoering van de OTS in 1922 niet wezenlijk veranderd. De wijziging van de rechtsgrond voor OTS in 1995 betreft louter een aanpassing aan het moderne taalgebruik. *“De wijziging van de grondslag van de OTS beoogt niet te bereiken dat eerder of minder snel tot OTS zou moeten worden overgegaan, maar, in overeenstemming met het voorstel van de commissie Wiarda, de grondslag te verduidelijken.”*<sup>1</sup> De commissie Wiarda heeft in haar rapport uit 1971 al voorgesteld om de grond voor OTS, namelijk

---

1    *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 10.

een zodanig opgroeien van een kind, “*dat het met zedelijke of lichamelijke ondergang wordt bedreigd*”, als volgt te wijzigen: “*indien een kind zodanig opgroeit dat voor zijn zedelijke of geestelijke belangen of voor zijn gezondheid ernstig gevaar is te duchten, kan de jeugdrechter het gezag van de ouders wat betreft de verzorging en opvoeding beperken door benoeming van een gezinsvoogd.*”<sup>2</sup> Uit deze voorgestelde wijziging is duidelijk af te leiden dat het gevolg van het uitspreken van de maatregel OTS een beperking van het ouderlijk gezag is voor zover dit de verzorging en opvoeding betreft. Dit is niet met zoveel woorden terug te vinden in de rechtsgrond zoals die wordt voorgesteld bij de wetsherziening OTS, te weten “*indien een minderjarige zodanig opgroeit, dat zijn zedelijke of geestelijke belangen of zijn gezondheid ernstig worden bedreigd... kan de kinderrechter hem onder toezicht stellen van een GVI.*” De aard van de maatregel van OTS wordt niet verduidelijkt op de manier zoals de commissie Wiarda dit voorstond.

De wetgever heeft niet gekozen voor een concretisering van de rechtsgrond van OTS zoals bijvoorbeeld is voorgesteld door de commissie Vliegenthart. De commissie is namelijk van mening dat de wettelijke grond “*zwaar is geformuleerd, maar toch zo vaag is dat hij ruimte biedt voor uiteenlopende interpretaties van wat dreigende ondergang inhoudt, en ook voor oneigenlijk gebruik.*”<sup>3</sup> Zij pleit dan ook uitdrukkelijk voor een concretisering van de rechtsgrond van OTS om een grotere duidelijkheid van de grond als norm voor de toepassing van de ingreep te bewerkstelligen en ter voorkoming van oneigenlijk gebruik van de maatregel. De huidige wettelijke grond voor OTS biedt volgens de commissie niet voldoende rechtszekerheid over de norm die geldt als grond voor het opleggen van de OTS. De staatssecretaris van Justitie verwerpt het voorstel tot nadere concretisering van de grond voor OTS, want “*de rechtsgrond zal ruim genoeg moeten zijn om in de vele verschillende problematische situaties ter bescherming van het kind te kunnen optreden.*”<sup>4</sup> Verheldering van de grond voor een OTS in een concrete zaak is volgens de wetgever een taak van de verzoekende instantie (meestal de RvdK) in het verzoekschrift en van de rechter in de schriftelijke motivering.

Wel wordt een element toegevoegd aan de grond voor OTS. Een OTS kan pas worden uitgesproken als aan bovengenoemde rechtsgrond is voldaan en ‘*als andere middelen ter afwending van de bedreiging van de minderjarige hebben gefaald of, naar is te voorzien, zullen falen.*’ De staatssecretaris zegt hierover: “*het zonodig tegen de wil van de ouders interveniëren in een gezin acht ik in elk geval slechts dan gerechtvaardigd, wanneer sprake is van een ernstige situatie. Daartoe zal in artikel 254 worden bepaald dat pas tot OTS mag worden overgegaan als andere middelen ter afwending van het gevaar dat de minderjarige bedreigt, hebben gefaald of, naar is te verwachten, zullen falen. Het gezag van ouders moet alleen dan beperkt kunnen worden als oplossing van de problemen met betrekking tot het kind niet op minder ingrijpende wijze mogelijk is... de toevoeging in de wettekst benadrukt dat niet zonder strikte noodzaak moet worden ingegrepen in de autonomie van het gezin.*”<sup>5</sup> Deze aanvulling van de wette-

2 Rapport cie. Wiarda (1971), p. 171-172.

3 *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21 818, nr. 1-2, p. 24. Zie over het oneigenlijk gebruik van de OTS ook Delfos/Doek (1982), p. 78-79 en Van Wijk (1999), hfst. VI, par. 3.

4 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 10. Ook in de nota Kosto wordt dit standpunt al ingenomen.

5 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 11.

lijke grond voor OTS is ook bepleit door de commissies Gijsbers en Vliegenthart. Het betekent dat de verzoekende instantie in het verzoekschrift tot OTS moet aantonen dat vrijwillige hulpverlening heeft gefaald of zal falen. Een kinderrechter zal moeten toetsen of vrijwillige hulpverlening een haalbaar alternatief is voordat een OTS wordt uitgesproken. Hiermee wordt inhoud gegeven aan het vereiste van subsidiariteit, dat inhoudt dat de maatregel noodzakelijk moet zijn. Met andere woorden: als vrijwillige hulpverlening nog een haalbare kaart is in een gezinssituatie om de bedreigende situatie voor de minderjarige op te heffen, voldoet het opleggen van een OTS niet aan het subsidiariteitsvereiste en is dit dus niet legitiem. De toevoeging van het subsidiariteitscriterium in het wettelijk criterium voor OTS is dan ook een zinvolle, duidelijke en hanteerbare norm binnen de rechtsgrond voor OTS. De rechtvaardiging van de overheidsinterventie kan aan belanghebbenden worden verduidelijkt met behulp van dit extra vereiste voor het opleggen van een OTS.

De kamerfracties reageren enigszins teleurgesteld op de voorgestelde rechtsgrond voor OTS, die behalve de aanvulling van het vereiste dat vrijwillige hulpverlening moet hebben gefaald of zal falen niet wezenlijk verandert, maar slechts wordt aangepast aan het moderne taalgebruik. Met name de aspecten ‘zedelijke’ en ‘geestelijke’ belangen worden onduidelijk en subjectief geacht. De leden van de PvdA-fractie zijn van oordeel dat *“verduidelijkt zou moeten worden wat onder zedelijke en geestelijke belangen kan worden verstaan, opdat mensen een globaal beeld kunnen krijgen van de grens tussen opvoedingsvrijheid en overheidsingrijpen.”*<sup>6</sup> De leden van de VVD-fractie vinden dat de nieuwe tekst veel ruimte biedt voor subjectieve beoordeling, interpretatieverschillen en waarderingsverschillen en dat de wettelijke vaststelling van de materiële normen de voorkeur zou verdienen. Zij vragen zich af of de wetgever het aan de jurisprudentie mag overlaten om breed aanvaarde normen te formuleren en niet zelf deze verantwoordelijkheid naar behoren uit te oefenen. Ook wordt door enkele fracties gevraagd waarom het voorstel van de commissie Wiarda niet wordt overgenomen om de OTS uit te werken als een beperking van het gezag van ouders wat betreft de verzorging en opvoeding.

De staatssecretaris van Justitie wil de benaming OTS echter handhaven omdat een nieuwe benaming zou suggereren dat sprake is van een wezenlijke verandering in het karakter van de maatregel.<sup>7</sup> Hoewel de OTS een beperking van het gezag inhoudt, ligt de nadruk op hulp aan het gezin en beoogt de OTS het ouderlijk gezag te versterken. Er wordt niet ingegaan op de verzoeken om ‘zedelijke’ en ‘geestelijke’ belangen nader te specificeren. Overigens wijst de staatssecretaris het voorstel van de RvdK om aan de rechtsgrond voor OTS een schuldaspect te koppelen, namelijk dat ouders hun verantwoordelijkheid niet hebben waargemaakt, uitdrukkelijk van de hand. De noodzaak van het uitspreken van een OTS impliceert namelijk niet noodzakelijkerwijs dat de ouders hun verantwoordelijkheid niet hebben waargemaakt.<sup>8</sup>

De rechtsgrond voor OTS bestaat sinds 1995 uit twee aspecten: het open begrip ‘ernstige bedreiging met de zedelijke of geestelijke belangen of de gezondheid van de minderjarige’ en de voorwaarde dat voor het opleggen van een OTS vrijwillige hulpverlening moet hebben gefaald of zal falen. Het open begrip is enigszins aangepast aan het moderne taalgebruik, maar is nog steeds even ruim

---

6    *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 4, p. 11.

7    *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23 003, nr. 5, p. 15-17.

8    *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3, p. 12.

en weinig concreet geformuleerd met de bedoeling om in vele verschillende problematische situaties in te grijpen. Er is expliciet voor gekozen om, ondanks voorstellen hiertoe, de rechtsgrond voor OTS niet verder te concretiseren. Hoewel het open begrip behoorlijk zwaar is geformuleerd, kan deze van toepassing zijn op vele situaties variërend van het ‘slechts’ niet willen meewerken aan vrijwillige hulpverlening door ouders die pedagogisch zwak zijn tot de noodzaak om een oudere minderjarige in het kader van een OTS in een gesloten inrichting te plaatsen. De rechtszekerheid voor direct betrokkenen bij een OTS is dan ook niet optimaal. Voor een verlenging van de OTS op grond van art. 1:256 lid 2 BW geldt geen speciale rechtsgrond; ook dit verduidelijkt niet wanneer tot een verlenging van de OTS zal worden beslist. De Hoge Raad heeft in 1964 overigens bepaald dat een kinderrechter bij een beslissing over een verzoek tot verlenging van de OTS rekening zal moeten houden met de rechtsgrond van OTS (bedreiging met de zedelijke of lichamelijke ondergang), maar niet hoeft vast te stellen dat bij het achterwege blijven van de verlenging de bedreiging in zodanige mate zou herleven als voor een oorspronkelijke OTS nodig zou zijn.<sup>9</sup> De directe rechtvaardiging voor overheidsingrijpen in het gezin door het opleggen of verlengen van een OTS valt daarom niet duidelijk af te leiden uit het wettelijk criterium, aangezien dit te ruim is geformuleerd om er algemene toepassingsregels uit te distilleren.

### 6.3 Rechtsgrond uithuisplaatsing

De rechtsgrond voor het afgeven van een machtiging UHP in het kader van een OTS blijft na de wetwijziging OTS in 1995 ongewijzigd. De gronden voor een UHP ter observatie en ter opname in een inrichting worden samengevoegd in art. 1:263 BW: “*indien dit noodzakelijk is in het belang van de verzorging en opvoeding van de minderjarige of tot onderzoek van diens geestelijke of lichamelijke gesteldheid*” kan de kinderrechter de GVI machtigen tot UHP, waarbij wordt vermeld voor welke voorziening, soort voorziening of andere verblijfplaats de machtiging geldt. De plaatsing in een tuchtschool wordt nu plaatsing in een gesloten inrichting genoemd, waarvoor als extra vereiste geldt dat de machtiging noodzakelijk is wegens ernstige gedragsproblemen van de minderjarige omdat immers sprake is van vrijheidsbeneming van de minderjarige. Dit extra vereiste voor een gesloten plaatsing is in de wet opgenomen uit een oogpunt van rechtsbescherming van de minderjarige.<sup>10</sup> Deze krijgt bij een verzoek tot gesloten plaatsing ook een raadsman toegevoegd. De tweejaarstermijn voor een UHP in gedwongen kader (bij OTS) verdwijnt uit de wet, omdat deze termijn als te rigide wordt ervaren.<sup>11</sup>

Ook de rechtsgrond van een UHP van een minderjarige in het kader van een OTS betreft een open norm die ruim kan worden geïnterpreteerd en die weinig rechtszekerheid biedt voor direct betrokkenen bij een UHP. Het noodzakelijkheidsvereiste bij de UHP biedt niet veel aanknopingspunten om heldere criteria

---

9 HR 29 november 1963, NJ 1964, 45.

10 Aldus de staatssecretaris van Justitie in *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23 003, nr. 5, p. 42-45. De leden van de PvdA-fractie achten de term ‘ernstige gedragsproblemen’ niet helder genoeg.

11 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 18. Koens (1994) heeft kritiek op deze wijziging omdat dit tot toenemende mogelijkheden van overheidsinterventie leidt zonder dat de rechtsgronden zijn aangepast.

te formuleren wanneer er voldoende grond is voor een UHP. De rechtsgrond voor UHP is sinds 1956 niet veranderd.<sup>12</sup> Het feit dat de rechter sinds 1995 ook moet beslissen voor welk soort UHP de machtiging geldt, biedt wel enige garantie op een belangenafweging. De verzoekende instantie zal moeten aantonen waarom juist de verzochte categorie voor de UHP van een minderjarige de meest geschikte is. De beslissing van de rechter op de verzochte categorie machtiging is echter een beslissing die volgt op de beoordeling dat een UHP in het belang van de verzorging en opvoeding van de minderjarige noodzakelijk is. Uit het noodzakelijkheidsvereiste valt een subsidiariteitstoets af te leiden. Ook is in art. 1:258 lid 3 BW geregeld dat als de met het gezag belaste ouder zonder bezwaar van de GVI de minderjarige uit huis plaatst, dit zonder rechterlijke machtiging kan gebeuren. Een machtiging UHP dient dan ook slechts te worden afgegeven als er geen minder ingrijpende oplossing is om de problematiek omtrent de minderjarige af te wenden. Uit het extra vereiste voor een UHP in een gesloten inrichting valt indirect af te leiden dat ook het beginsel van proportionaliteit geldt: de maatregel dient in verhouding te staan tot het te dienen doel, gezien de aard van de betrokken belangen en de mate waarin zij als gevolg van de maatregel geschaad worden. Er dient dan ook zo licht mogelijk te worden ingegrepen en de UHP dient zo weinig mogelijk ingrijpend te zijn. Dit is echter niet met zoveel woorden in de rechtsgrond voor UHP opgenomen.

#### 6.4 Rechtsgronden gezagsontneming

De gronden voor het uitspreken van een gedwongen ontheffing en een ontzetting zijn in de afgelopen decennia niet wezenlijk veranderd maar slechts aangepast ten gevolge van andere wetswijzigingen. De open norm in de rechtsgrond voor ontheffing blijft ongewijzigd dat de ouder *‘ongeschikt of onmachtig is om zijn plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen.’* De verschillende gronden voor het uitspreken van een ontzetting blijven ook ongewijzigd.

Op een paar punten zijn de gronden voor gedwongen ontheffing en ontzetting aangevuld. Zo is in 1978 bij de invoering van het blokkaderecht voor pleegouders bij een vrijwillige plaatsing als extra grond voor gedwongen ontheffing toegevoegd: *“indien na een verzorging en opvoeding met instemming van de ouder (anders dan uit hoofde van een OTS of een plaatsing onder voorlopige voogdij) van ten minste een jaar in een ander gezin dan het ouderlijke, een voortzetting daarvan noodzakelijk is en van terugkeer naar de ouder ernstig nadeel voor het kind moet worden gevreesd.”*<sup>13</sup> Een grond voor ontzetting is na de wetswijziging OTS uit 1995 aangepast: in het kader van een OTS levert nu zowel een belemmering van de UHP als *‘het in ernstige mate veronachtzamen van de aanwijzingen van de GVI’* een grond tot ontzetting op.<sup>14</sup> Dit is bedoeld als sanctie op het niet naleven van een schriftelijke aanwijzing die door een GVI in het kader van een OTS aan een ouder met gezag en een minderjarige vanaf twaalf jaar of ouder kan worden gegeven of op het niet meewerken aan een

---

12 Wet van 20 juli 1955, Stb. 323; hierin werd bepaald dat een UHP van een minderjarige bij OTS (maximaal twee jaar, behoudens enige uitzonderingsgronden) nog slechts met machtiging van de kinderrechter kon worden gerealiseerd (dus niet langer met een aanwijzing van de gezinsvoogd). Zie verder hfst. 4.

13 Wet van 7 juni 1978, Stb. 303.

14 Wet van 26 april 1995, Stb. 1995, 255.



UHP op grond van een machtiging van de kinderrechter. De GVI kan niet zelf een ontzetting verzoeken maar zal zich hiervoor tot de RvdK of het OM moeten wenden. Deze grond voor ontzetting zal vooral zijn opgenomen als signaalwerking. De gronden voor ontzetting en (gedwongen) ontheffing zijn derhalve op kleine aanvullingen na ongewijzigd gebleven sinds de invoering in 1901.

## 6.5 Rechtsgronden voorlopige maatregelen

De rechtsgronden van de voorlopige maatregelen van kinderbescherming zijn niet wezenlijk veranderd als gevolg van de bovenbesproken wetswijzigingen. Als rechtsgrond voor een voorlopige OTS geldt de grond voor OTS, want een kinderrechter kan ‘*hangende het onderzoek*’ van de OTS de minderjarige voorlopig onder toezicht stellen.<sup>15</sup> Sinds de laatste wetswijziging is aan deze rechtsgrond toegevoegd dat de maatregel ‘*dringend en onverwijld noodzakelijk*’ moet zijn. Deze norm bestond al voor de oude maatregel van voorlopige toevertrouwing op grond van art. 1:241 BW (bij gezagsvacuüm). De tijdelijke ontnemingsmaatregel tijdens een procedure tot gedwongen ontheffing of ontzetting of bij gronden die tot een gedwongen ontheffing of ontzetting kunnen leiden kan sinds de wetswijziging uit 1997 ook alleen worden opgelegd indien ‘*dringend en onverwijld noodzakelijk*’.<sup>16</sup> Voor beide voorlopige maatregelen geldt dat de dringende noodzaak tot het snel uitspreken van de maatregel dient te worden aangetoond door de verzoekende instantie (in de meeste gevallen de RvdK). Het spoedeisende karakter van de beide maatregelen wordt zo benadrukt.

De term van de maatregel tot tijdelijke ontneming van het gezag verandert van ‘voorlopige toevertrouwing’ in ‘voorlopige voogdij’: “*de term voorlopige toevertrouwing wordt elders in de wet gebruikt wanneer het niet zozeer gaat om gezag als wel om feitelijke zorg... De maatregel van voorlopige toevertrouwing strekt er toe een instantie de bevoegdheid toe te kennen geheel of gedeeltelijk het gezag over een minderjarige uit te oefenen. In de nieuwe aanduiding van deze maatregel komt dit beter tot uiting.*”<sup>17</sup> De veranderde term leidt tot een verduidelijking van de rechtsgevolgen van de maatregel.

Voor beide tijdelijke maatregelen geldt dat deze kunnen worden opgelegd zonder voorafgaand verhoor van belanghebbenden. Bij de wetsherziening van 1995 wordt als criterium in de wet opgenomen dat de voorlopige maatregelen alleen kunnen worden opgelegd zonder voorafgaand verhoor ‘*indien de behandeling niet kan worden afgewacht zonder onmiddellijk en ernstig gevaar voor de minderjarige*’ (art. 800 lid 3 jo 809 lid 3 Rv). Belanghebbenden dienen dan binnen twee weken alsnog te worden gehoord, want anders verliest de beschikking haar kracht. Dit criterium benadrukt het uitgangspunt dat ook in noodsituaties alle betrokkenen vooraf in de gelegenheid moeten worden gesteld hun mening kenbaar te maken.

De rechtsgrond voor een voorlopige voogdij op grond van art. 1: 241 BW (‘*indien dit ter voorkoming van de zedelijke of lichamelijke ondergang van de*

15 De Raad voor het Jeugdbeleid pleit in haar rapport uit 1991 voor het toevoegen van het inhoudelijk criterium zoals dat voor OTS geldt bij de voorlopige OTS, mits de rechter deze grond ook voor het concrete geval expliciteert in zijn schriftelijke motivering bij de beslissing tot een voorlopige OTS (zie p. 51).

16 Deze norm komt in de plaats van de norm ‘*indien dit in het belang van de kinderen noodzakelijk is*’: art. 1:271 jo 272 (oud) BW.

17 *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23 808, nr. 3 (MvT), p. 9-10.

*minderjarige dringend en onverwijld noodzakelijk is*') wordt aangepast aan de rechtsgrond voor OTS zoals die geldt sinds 1995, '*indien dit dringend en onverwijld noodzakelijk is ter voorkoming van ernstig gevaar voor de zedelijke of geestelijke belangen of de gezondheid van de minderjarige.*' In situaties waar minderjarigen niet onder wettelijk gezag staan of als dit gezag niet wordt uitgeoefend, geldt voor een tijdelijke ontneming van het gezag behalve het vereiste dat het '*dringend en onverwijld noodzakelijk moet zijn*' derhalve dezelfde open norm als voor een OTS. Dit is opvallend, omdat de voorlopige voogdij een grotere inbreuk is op het gezinsleven dan een OTS en daarom de rechtsgrond zwaarder zou moeten zijn. De leden van de D66-fractie wijzen hierop tijdens de bespreking van het wetsvoorstel ter herziening van de voorlopige voogdij en vragen zich af waarom voor art. 1:241 BW aansluiting is gezocht bij de terminologie voor de OTS.<sup>18</sup> De staatssecretaris van Justitie antwoordt ontwijkend dat het in art. 1:241 BW gaat om situaties waar geen gezag is of geen gezag wordt uitgeoefend over een minderjarige en een OTS daarom niet mogelijk is. Het gebruik van dezelfde rechtsgrond voor een tijdelijke ontneming van het gezag door middel van een voorlopige voogdij en een tijdelijke beperking van het gezag door middel van een OTS komt naar mijn mening niet ten goede aan de duidelijkheid van de verschillen tussen de beide maatregelen. Voor een voorlopige voogdij op grond van art. 1:271 of 1:272 BW gelden wel duidelijke verschillen ten opzichte van de grond voor OTS, omdat dan sprake moet zijn van een verzoek tot gedwongen ontheffing of ontzetting, of van feiten die tot een gedwongen ontheffing of ontzetting kunnen leiden. De gronden voor gedwongen ontheffing en ontzetting zijn zwaarder dan de grond voor een OTS.

De wettelijke gronden voor een voorlopige OTS en voorlopige voogdij kunnen voldoende worden onderscheiden, waardoor de verschillen in rechtsgevolg ook duidelijk en te verklaren zijn. Voor beide voorlopige maatregelen geldt naast het vereiste van de grond voor OTS respectievelijk de grond voor gedwongen ontheffing of ontzetting of het gezagsvacuüm als extra grond de '*dringende en onverwijld noodzakelijkheid*' van de maatregel, waardoor het spoedeisend karakter dient te worden aangetoond. Ook geldt voor het opleggen van een voorlopige maatregel zonder voorafgaand verhoor dat de behandeling niet kan worden afgewacht zonder onmiddellijk en ernstig gevaar voor de minderjarige. Onduidelijkheid over de van toepassing zijnde maatregel zal zich niet snel kunnen voordoen. Indien in een concrete situatie nog geen sprake is (geweest) van een OTS zal er geen gedwongen ontheffing kunnen worden verzocht op grond van art. 1:268 lid 2a BW, en als het ook niet gaat om een andere ouder die is ontzet uit het gezag, gestoorde geestvermogens van de ouder of een geslaagd blokkaderecht van pleegouders, is er geen grond voor gedwongen ontheffing en kan alleen de maatregel van voorlopige OTS van toepassing zijn. Slechts als er sprake is van een situatie waarin een ontzetting zou kunnen worden verzocht op grond van misbruik van gezag, grove verwaarlozing, slecht levensgedrag, een onherroepelijke veroordeling, of de vrees dat een ouder het kind uit het pleeggezin terughaald bij een vrijwillige plaatsing (de gronden uit art. 1:269 lid 1 BW), zou theoretisch gezien in een situatie zowel een voorlopige voogdij als een voorlopige OTS kunnen worden verzocht, aangezien de rechtsgronden voor een ontzetting en voor een OTS ruim zouden kunnen worden geïnterpreteerd. In dat geval is de rechtszekerheid niet volledig gegarandeerd, omdat de rechtsgrond voor OTS en de rechtsgrond voor ontzetting op eenzelfde situatie van toepas-

18 *Kamerstukken II, 1995-1996, 23 808, nr. 5, p. 9.*

sing zouden kunnen zijn en er dan zowel een voorlopige OTS als een voorlopige voogdij zou kunnen worden verzocht en opgelegd. Dan zou altijd de keuze voor een voorlopige OTS moeten worden gemaakt, omdat in het licht van het proportionaliteitsbeginsel zo licht mogelijk dient te worden ingegrepen in het gezinsleven.<sup>19</sup>

## 6.6 Open normen in de kinderbescherming

De gronden voor overheidsinterventie door middel van het gebruik van de kinderbeschermingsmaatregelen OTS, ontheffing, ontzetting en de tijdelijke maatregelen voorlopige OTS en voorlopige voogdij in het BW zijn aldus ruim en vaag omschreven in de wet. Een minderjarige die *‘zodanig opgroeit, dat zijn zedelijke of geestelijke belangen of zijn gezondheid ernstig worden bedreigd’* kan, indien dit in zijn belang is, onder toezicht worden gesteld en uit huis geplaatst worden *‘indien dit noodzakelijk is in het belang van de verzorging en opvoeding van de minderjarige of tot onderzoek van diens geestelijke of lichamelijke gesteldheid.’* Ouders kunnen van het gezag worden ontheven *‘op grond dat zij ongeschikt of onmachtig zijn’*, mits het belang van de kinderen zich daar niet tegen verzet. Bij verzet kan een ontheffing toch worden uitgesproken indien de OTS of de UHP onvoldoende is om de bedreiging voor de minderjarige af te wenden, als de andere ouder ontzet is en deze beslissing anders geen effect zou sorteren, als een ouder wilsonbekwaam is of als een voortzetting van de vrijwillige plaatsing van de minderjarige in een pleeggezin *‘noodzakelijk is en van terugkeer naar de ouder ernstig nadeel voor het kind moet worden gevreesd.’* Een ouder kan uit het ouderlijk gezag worden ontzet op grond van *‘misbruik van het gezag, grove verwaarlozing van de verzorging en opvoeding van een minderjarige, slecht levensgedrag, het in ernstige mate veronachtzamen van de aanwijzingen van de GVI of belemmering van een uithuisplaatsing, het bestaan van gegronde vrees voor verwaarlozing van de belangen van het kind, doordat de ouder het kind terugneemt van pleegouders’*, of wegens het plegen van enkele in de wet genoemde misdrijven. Tenslotte kan een ouder geschorst worden in de uitoefening van het gezag en kan een minderjarige onder voorlopige voogdij van een voogdij-instelling worden gesteld *‘indien dit dringend en onverwijld noodzakelijk is’* en indien één van de gronden tot gedwongen ontheffing aanwezig is, ontzetting is gevorderd, of *‘indien dit ter voorkoming van ernstig gevaar voor de zedelijke of geestelijke belangen of voor de gezondheid van zulk een minderjarige dringend en onverwijld noodzakelijk is.’* Zoals eerder is beschreven, is de ruime omschrijving van de verschillende gronden voor overheidsinterventie sinds de invoering van de kinderbeschermingsmaatregelen niet wezenlijk veranderd maar slechts minimaal aangepast waar sprake was van verouderd taalgebruik. De wetgever heeft ook tijdens de behandeling van de meest recente wetwijzigingen, te weten de nieuwe OTS-wet uit 1995 en de wet tot invoering van de voorlopige voogdij uit 1997, vastgehouden aan de ruime omschrijving van de gronden tot ingrijpen in het gezinsleven ter bescherming van de minderjarige, om op deze manier bewust iedere minderjarige die op enige

---

19 Uit cijfers van het Ministerie van Justitie (DPJS) blijkt dat de verhouding tussen het aantal opgelegde maatregelen van voorlopige OTS en voorlopige voogdij duidelijk verschilt per arrondissement.

manier bescherming behoeft de benodigde hulp te kunnen bieden door middel van het opleggen en uitvoeren van een maatregel van kinderbescherming.

Overheidsoptreden dient aan de legaliteitseis te voldoen; het dient op een wettelijke grondslag te berusten. In zaken betreffende kinderbescherming gaat het ook om overheidsoptreden, namelijk om overheidsingrijpen binnen het gezin door het opleggen van een maatregel van kinderbescherming. Alleen de wetgever kan de basis leggen voor ingrijpen van de overheid.<sup>20</sup> Hoewel de maatregelen van kinderbescherming zijn opgenomen in boek 1 van het BW, gaat het niet zozeer om verhoudingen tussen twee gelijkwaardige partijen, maar staat de verhouding tussen de overheid en het gezin centraal. De burger kan dan ook aanspraak maken op de legaliteitseis; de gronden tot ingrijpen binnen het gezin moeten in de wet zijn vastgelegd zodat de burger wordt beschermd tegen willekeur en zodat hij rechtszekerheid geniet.

De ruime formuleringen bieden de overheid een soepel instrument om in verschillende situaties waar de minderjarige bescherming behoeft in te grijpen binnen het gezin. De kans op valse negatieven (als ten onrechte niet wordt ingegrepen) wordt op deze manier verkleind, maar de kans op valse positieven (als ten onrechte wel wordt ingegrepen) wordt vergroot.<sup>21</sup> Het is de vraag welk uitgangspunt de voorkeur verdient: moet gepoogd worden om een zo groot mogelijke doelgroep te beschermen, of moet juist gestreefd worden naar een selectief ingrijpen in die gevallen waarin zeker is dat aan de grond voldaan is en een kind bescherming behoeft, zodat niet zonder juridische grond ingegrepen wordt in het gezinsleven?

Als een grond voor overheidsinterventie ruim is omschreven, kan een maatregel van kinderbescherming voor een grote doelgroep worden gebruikt, waarbij de rechtszekerheid van het gezin vermindert omdat niet vaststaat wanneer voldoende grond bestaat tot interventie in het gezinsleven. Een ruime formulering betekent dat de kans bestaat dat een maatregel wordt opgelegd in gevallen waarin dat niet strikt noodzakelijk is, de zogenaamde valse positieven. De vraag is of om die reden moet worden gekozen voor zodanig nauwkeurige gronden voor het overheidsingrijpen dat deze valse positieven worden voorkomen. Als een grond voor interventie meer duidelijk en concreet is omschreven, bestaat de kans dat bepaalde situaties niet meer onder de geformuleerde grond vallen. Dit heeft tot gevolg dat verscheidene kinderen niet de hulp en bescherming krijgen waar ze recht op hebben, dat wil zeggen een groot aantal zogenaamde valse negatieven.

Het is dan ook zaak om de kans op valse negatieven en valse positieven zo beperkt mogelijk te houden.<sup>22</sup> Bij de formulering van rechtsgronden is het de grote uitdaging om aan de ene kant het beschermingsbereik zo groot mogelijk te doen zijn en aan de andere kant zoveel mogelijk valse positieven te vermijden.

De gronden voor het opleggen van een maatregel van kinderbescherming zijn te omschrijven als *open normen*; de regeltoepasser heeft een bepaalde mate van vrijheid bij de toepassing van de gronden.<sup>23</sup> In de juridische literatuur is veel

---

20 Zie Scheltema (1996) over de legaliteitseis in het bestuursrecht.

21 Zie over valse negatieven en valse positieven ook De Ruyter (1993), hfst. 3.

22 Dit is door De Ruyter (1993) als voorwaarde genoemd voor het formuleren van een criterium voor het opleggen van hulp aan gezinnen (zie hfst. 3).

23 Dit is de definitie die Loenen (1996) ook hanteert. Met haar ben ik van mening dat men beter kan spreken van 'open normen' dan van 'vage normen', omdat het accent op de beoordelingsruimte van de toepasser ligt.

geschreven over open normen, waarvoor ook wel andere termen worden gebruikt zoals vage<sup>24</sup>, ruime, open of blanco normen of gronden, vage begrippen, of juridische maatstaven.<sup>25</sup> Open normen kunnen uit verschillende open begrippen bestaan, bijvoorbeeld uit de begrippen ‘het belang van het kind’ en ‘dringend en onverwijld noodzakelijk’. Begrippen kunnen een ‘open-texture’-karakter hebben; een begrip kan bijvoorbeeld in de loop der tijd op grond van nieuw verkregen inzicht veranderen.<sup>26</sup> Ook dit betekent in feite dat het gaat om een ‘open begrip’, namelijk een begrip dat een zekere vrijheid meebrengt bij de toepassing en waarvan de juiste inhoud niet volledig vaststaat.

Open normen bestaan uit evaluatieve termen en zijn ‘open’ in die zin dat het gebruik ervan in veel verdergaande mate dan dit bij descriptieve termen het geval is, is losgekoppeld van de feitelijke voorwaarden waaromtrent consensus bestaat.<sup>27</sup> Met name in discussies over de ontwikkeling van rechtsgronden in het civiele recht wordt de term ‘vage normen’ meestal gebruikt. Ik zal verder over open normen spreken.

Niet alleen de gronden voor het opleggen van een kinderbeschermingsmaatregel zijn in Nederland ruim omschreven. Vooral in het civiele recht, maar ook in het strafrecht en bestuursrecht zijn vele open normen te vinden, die door de rechter per individueel geval moeten worden vertaald. Zowel in private verhoudingen als in situaties waarin de overheid ingrijpt in privé-verhoudingen wordt in de wet gebruik gemaakt van open normen. De betekenis van de toepasselijke open normen verschilt echter in beide situaties. In private verhoudingen hebben open normen een aanvullende werking ter bescherming van de zwakkere partij, bijvoorbeeld de open norm ‘redelijkheid en billijkheid’ in het contractenrecht. Bij overheidsingrijpen in privé-verhoudingen, bijvoorbeeld in het strafrecht en bestuursrecht maar ook in het kinderbeschermingsrecht, geeft het gebruik van open normen de overheid meer ruimte tot ingrijpen en het individu minder rechtsbescherming tegen het overheidsoptreden.

Er is veel geschreven over ‘vage normen’ in de wetgeving. Hieronder volgt een bespreking van het begrip open normen, waarbij het vooral gaat om toename van het gebruik van deze normen en de voor- en nadelen hiervan. Vervolgens zal specifiek worden ingegaan op het gebruik van open normen in het kinderbeschermingsrecht.

## 6.7 Open normen in het recht

In de laatste decennia is het gebruik van open normen in het recht niet alleen in Nederland, maar ook elders steeds toegenomen. In de juridische literatuur is veel geschreven over het toenemend gebruik van open normen in de wetgeving, ook wel genoemd de ‘Flucht in die Generalklauseln’.<sup>28</sup> Wiarda noemt in zijn

---

24 Wiarda (1999) gebruikt de term ‘vage normen’ waar hij het heeft over normen die een normatieve beoordeling (wat is ‘goed’) vragen.

25 Zie Crombag/De Wijckerslooth/Cohen (1977); in hfst. 7 geven zij de voorkeur aan de term ‘juridische maatstaven’ boven ‘vage normen’, omdat het woord ‘norm’ verwarring kan wekken. “*Het zijn maatstaven of standaarden, aan de hand waarvan een bepaalde gedraging, gebeurtenis of stand van zaken beoordeeld wordt.*”

26 Zie De Wildt (1993), hfst. 3.

27 Zie ook Nieuwenhuis (1976).

28 Deze term is geïntroduceerd door Hedemann in zijn brochure *Die Flucht in die Generalklauseln, eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, 1933; zie Wiarda (1999), hfst. 5.3.

boek ‘Drie typen rechtsvinding’ een aantal factoren die deze ontwikkeling zouden hebben veroorzaakt. Hij ziet als belangrijkste factor de steeds complexer geworden samenleving, waardoor situaties moeilijker voorzienbaar zijn. De enige manier voor de wetgever om regelingen te treffen voor alle situaties, wil hij zich niet geheel terugtrekken, is het gebruik van vage normen en het toekennen van discretionaire bevoegdheden aan de instanties die wel in staat zijn in een individueel geval de juiste oplossing te vinden. Een tweede versterkende factor is de opkomst van de sociale verzorgingsstaat, die ertoe geleid heeft dat steeds meer door de overheid moet worden geregeld vanwege de toename van het aantal overheidstaken. Deze toename brengt met zich mee dat steeds meer moet worden geregeld, ook waar een concrete wetgeving niet haalbaar is. Een laatste factor betreft het relativiserende denken in de samenleving, dus ook in de rechtswetenschap; er bestaan geen vaste waarden meer en zekerheid is niet langer vanzelfsprekend. De toename van open normen is door Wiarda geplaatst in de ontwikkeling van meer heteronome naar meer autonome rechtsvinding, oftewel een toegenomen vrijheid van de rechter tegenover de wet.<sup>29</sup> Loenen ziet als belangrijkste oorzaak voor de sterke toename van open normen in het recht de wens om (meer) recht te doen aan het individuele geval; zij duidt deze wens aan als *“het on vervulbare verlangen naar individuele gerechtigheid”*, waarbij open normen *“sluiproutes zijn naar een billijke oplossing.”*<sup>30</sup>

De rechter wordt daarnaast steeds autonomer ten opzichte van de wet door de toetsing aan internationaal recht.<sup>31</sup> Zodoende heeft een duidelijke verschuiving van taken plaatsgehad van wetgever naar rechter. Deze ontwikkeling heeft tot discussie geleid over de vraag wat de juiste competentie-afbakening is tussen rechter en wetgever. De rechter is gaan optreden als ‘wetgever-plaatsvervanger’, want door het gebruik van open normering is door de wetgever impliciet een rechtsvormende taak aan de rechter overgedragen. De wetgever is teruggetreden en zodoende worden beslissingen doorgeschoven naar de rechter. Dit leidt tot een toegenomen werkdruk van de rechter.<sup>32</sup> Ook doet dit de vraag rijzen of de competentie-verschuiving van wetgever naar rechter het evenwicht tussen wetgevende en rechtsprekende macht niet heeft verstoord. De rechtsprekende macht heeft immers niet dezelfde democratische legitimatie als de wetgevende macht in ons staatsbestel. Los daarvan biedt de rechtspolitieke discussie in het parlement principieel een beter forum om belangrijke beslissingen te nemen dan de rechtsprekende macht.<sup>33</sup> Verder beschikt de wetgevende macht over een complex instrumentarium om tot beslissingen over regelgeving te komen, waarbij bijvoorbeeld belangengroepen vooraf worden gehoord. Zodoende wordt de maatschappelijke consensus op democratische wijze meer gewaarborgd dan wanneer de rechter beslissingen neemt omtrent open normen.<sup>34</sup> De toename van

29 Wiarda (1999) stelt dat bij deze verschuiving de doctrine, die meer rechterlijke vrijheid heeft gepropageerd, de rechtspraak, die meer vrijheid t.o.v. de wet heeft genomen, de wetgever, die steeds meer open normen heeft gebruikt, en het verdragsrecht, dat steeds meer invloed is gaan uitoefenen, van invloed zijn geweest (zie hfst. 5). Volgens Wiarda (1973) heeft vooral de wetgever de beschreven rechtsontwikkeling bewerkstelligd. Barendrecht (1992) ziet als belangrijkste invloed echter de doctrine die meer rechterlijke vrijheid heeft voorgestaan, zodat vervolgens de rechterlijke macht deze vrijheid heeft genomen.

30 Citaat uit Barendrecht (1992), p. 7.

31 Zie Henket (1993).

32 Aldus Franken (1982).

33 Loenen (1996), p. 136.

34 Zie over de bezwaren bij de verschuiving van wetgevingstaken naar de rechter ook Wiarda (1963), die in hfst. 8 een viertal bedenkingen geeft tegen deze ontwikkeling.

het gebruik van open normen in de wetgeving heeft de rechter van controle-  
orgaan tot medebeslisser over rechtvaardigheid gevormd. Juist waar het gaat om  
overheidsoptreden zonder dat sprake is van gelijkwaardige partijen, kan dan de  
rechtszekerheid van het individu in het geding komen.

## 6.8 Voordelen en gevaren van open normen

Uit de geschetste ontwikkeling vloeit voort dat een meer individuele benadering  
als belangrijk voordeel van het gebruik van open normen in de wetgeving wordt  
gezien. Bijzondere omstandigheden kunnen meer tot hun recht komen en de  
rechter kan in een concreet geval naar een redelijke oplossing zoeken zonder dat  
hij aan strikte normen is gebonden. Kortom, een invulling van het verlangen  
naar individuele gerechtigheid zoals bedoeld door Loenen.<sup>35</sup> Ook kunnen on-  
voorziene gevallen door de rechter worden opgelost. Flexibiliteit in de rechts-  
vinding is op deze manier gewaarborgd. Een bijkomend voordeel is dat het  
werken met open normen een grote ontwikkeling van rechtspraak mogelijk heeft  
gemaakt. Het is echter de vraag of rechtsontwikkeling bij gebruik van scherpere  
normen niet mogelijk is.<sup>36</sup>

In de juridische literatuur is echter vooral geschreven over de nadelen die kle-  
ven aan het gebruik van open normen in de regelgeving. Er wordt dan vooral  
gewezen op het verlies aan rechtszekerheid voor de burger. Als de rechter een  
grote beoordelingsvrijheid heeft ten aanzien van de toe te passen norm, is vooraf  
moeilijk voorspelbaar wat de uitkomst zal zijn. In elk individueel geval bestaat  
de mogelijkheid dat een rechter anders oordeelt dan wat verwacht wordt op  
grond van de wet en de jurisprudentie. Open normen bieden geen zekerheid  
omtrent de juiste toepassing en de beoordeling wordt dan ook bepaald door het  
subjectieve inzicht van de rechter. Burgers hebben geen volledige duidelijkheid  
over hun rechtspositie en hebben ook geen garantie tegen willekeur. Meestal  
wordt billijkheid als tegenhanger van rechtszekerheid gezien. Bij de toepassing  
van een open norm kan een burger dan wel in mindere mate rechtszekerheid  
genieten, maar hij kan in meerdere mate een billijke oplossing verwachten.<sup>37</sup>

Een ander gevaar van het gebruik van open normen in regelgeving betreft de  
al eerder geschetste problematiek omtrent de competentieverdeling tussen de  
wetgevende macht en de rechterlijke macht. Als de rechter teveel vrijheid wordt  
gegeven bij het beoordelen van rechtsnormen, gaat de rechter in feite op de stoel  
van de wetgever zitten zonder dat er sprake is van eenzelfde democratische  
legitimatie. De rechterlijke macht beschikt niet over hetzelfde instrumentarium  
bij het oordelen over rechtvaardigheid in regelgeving als de wetgevende macht,  
waar de maatschappelijke consensus beter is gewaarborgd door ons staatsbestel  
en door belangenorganisaties die geraadpleegd kunnen worden. Ondanks het feit  
dat controle mogelijk is op een rechterlijke beslissing door een hogere rechter,  
betekent dit niet dat sprake is van een gelijke mate van democratische recht-  
vaardiging van de genomen beslissingen. Juist waar het gaat om situaties waar-

---

35 Zie Loenen (1996).

36 Zie hierover Barendrecht (1992); hij is van mening dat flexibiliteit van het recht ook behouden kan  
blijven in een stelsel van scherpe regels, aangezien hij er van uitgaat dat wettelijke regels en in de  
rechtspraak ontwikkelde regels voor wijziging vatbaar zijn.

37 Pels Rijcken is een van de weinige recente pleitbezorgers van rechtszekerheid; twintig jaar geleden  
waren dat Houwing en De Groot. Barendrecht (1992) plaatst een kanttekening bij de opvatting dat  
rechtszekerheid en billijkheid als tegenstelling wordt gezien (p. 66 e.v.).

over nog geen maatschappelijke consensus bestaat, is het aanbevelenswaardig om de wetgever een democratisch tot stand gekomen beslissing te laten nemen.<sup>38</sup> Indien de wetgever bewust rechtsvorming delegeert aan de rechter, is het zaak dat de invulling van open normen door de rechter kenbaar wordt gemaakt zodat publieke controle mogelijk is.

Barendrecht schetst nog enkele andere nadelen van het gebruik van vage normen. Hij stelt dat open normen inefficiënt zijn voor de oplossing van conflicten. Omdat partijen immers niet kunnen voorspellen wat een rechter van belang zal achten, zullen zij zoveel mogelijk feiten voorleggen. Dit werkt lange en uitvoerige processtukken in de hand en leidt tot overbelasting van het rechterlijk apparaat. Verder kunnen open normen het gedrag van personen niet beïnvloeden, conflicten niet voorkomen en wordt de verantwoording aan de betrokken partijen bemoeilijkt. Ook komt de rechtsgelijkheid in gevaar en wordt rechtsongelijkheid versluierd omdat moeilijk is vast te stellen wanneer gevallen vergelijkbaar zijn. Tenslotte wijst Barendrecht op het nadeel dat het werken met open normen ten koste lijkt te gaan van de rechtsontwikkeling, omdat elke situatie anders is en zodoende geen werkelijk nieuwe normen worden ontwikkeld maar per geval wordt beoordeeld hoe de norm moet worden toegepast.<sup>39</sup>

Tenslotte leidt het gebruik van open normen in de wet ertoe dat in een zaak veel, zo niet alles, afhangt van de rechterlijke waardering van de feiten. De toetsing van een hogere instantie aan een eerder genomen beslissing is dan ook zwak. Verder zijn de mogelijkheden van cassatieberoep beperkt.<sup>40</sup>

Ondanks alle bezwaren die kunnen worden aangevoerd tegen het gebruik van open normen in de regelgeving, lijkt de huidige opvatting te zijn dat vage normen niet per definitie een ongerechtvaardigde inbreuk maken op de rechtsbescherming van de burger. De voordelen van het gebruik van vage normen wegen volgens velen duidelijk op tegen de nadelen die het met zich meebrengt.<sup>41</sup> In het civiele recht zijn dan ook vele open normen te vinden, zoals 'redelijkheid en billijkheid', 'onvoorziene omstandigheden' en 'goede zeden'.

In het familierecht is de belangrijkste open norm wel 'het belang van het kind'.<sup>42</sup> Hoewel er regelmatig kritiek is geuit op de open normen in het familierecht, omdat bijvoorbeeld 'het belang van het kind' multi-interpretabel zou zijn, een open norm niet voldoende rechtszekerheid biedt en er weinig controle op de rechter mogelijk is<sup>43</sup>, lijkt de huidige opvatting in Nederland over het algemeen toch te zijn dat open normen in het familierecht een meerwaarde hebben tegenover meer concreet geformuleerde normen.<sup>44</sup> Open normen kunnen op veel verschillende gezinssituaties van toepassing zijn, zodat bescherming van de minderjarige en de ouders in alle gevallen kan worden gegarandeerd. De doorwerking van het EVRM in de Nederlandse rechtsorde heeft ertoe geleid dat het

---

38 Koopmans plaatst echter in de nabeschouwing van Wiarda's *Drie typen van rechtsvinding* (1999) enkele relativerende kanttekeningen bij het ontbreken van democratische controle als de rechtspraak de plaats inneemt van de wetgever; zie p. 133-135.

39 Zie uitgebreid Barendrecht (1992), p. 66 e.v.

40 Zie verder hfst. 8.

41 Zie bijv. Snijders (1997).

42 Over het begrip 'belang van het kind' is veel geschreven, o.a. door Stegerhoek (1995), Rood-de Boer (1984), Doek (over het belang van het kind als 'toverformule', 1988) en Van Wijk (1999), hfst. VII.

43 Zie bijv. Hoefnagels (1974), Doek (1988) en Koens (1994).

44 Zo maakt bijv. Van Wijk (1999) een duidelijke keuze voor open wettelijke normen boven extra rechtszekerheid, zie hfst. III par. 6.4. Zo ook Vlaardingerbroek (1993), p. 245 en Asser-de Boer (1998), nr. 814.



begrip *'family life'* uit art. 8 EVRM een steeds belangrijker rol is gaan spelen bij de invulling van de open normen in het familierecht. Ook kan het IVRK hulp bieden om invulling te geven aan bijvoorbeeld het begrip 'het belang van het kind'. De doorwerking van het EVRM heeft er omgekeerd ook toe geleid dat overheidsinterventie in het gezinsleven door het opleggen van een maatregel van kinderbescherming op grond van art. 8 lid 2 EVRM gelegitimeerd moet zijn. Eén aspect van deze legitimatie betreft de voorwaarde dat de inbreuk 'in accordance with the law' dient te zijn, waaruit het Europees Hof heeft afgeleid dat de wet met 'sufficient precision' moet zijn geformuleerd.<sup>45</sup> Het is dan ook de vraag of de open normen in de Nederlandse wetgeving ten aanzien van maatregelen van kinderbescherming voldoen aan dit vereiste.

## 6.9 Open normen en het EVRM

Artikel 8 lid 2 EVRM bepaalt dat inmenging van openbaar gezag in familie- en gezinsleven alleen is toegestaan voor zover bij de wet is voorzien. Dit vereiste houdt meer in dan het enkele feit dat er een wetsbepaling is op grond waarvan de overheid kan ingrijpen in het gezinsleven, bijvoorbeeld door het opleggen van een maatregel van kinderbescherming. In dat geval zou Nederland voldoen aan het vereiste dat voortvloeit uit art. 8 EVRM. Het Europees Hof heeft een aantal criteria opgesteld bij het beoordelen of de overheidsinmenging in het gezin 'bij de wet is voorzien'. De regeling moet voldoende duidelijk zijn geformuleerd, zodat deze voor de burger voorzienbaar is: *"a norm cannot be regarded as a 'law' unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail."*<sup>46</sup> De kwaliteit van de wet dient voldoende te zijn: de regeling dient voor betrokkenen toegankelijk te zijn en de burger dient voldoende beschermd te worden tegen willekeurig overheidsingrijpen.<sup>47</sup>

Dit betekent niet dat een regeling zeer duidelijk en concreet geformuleerd moet zijn. Het Europees Hof constateert dat *"experience shows that absolute precision is unattainable and the need to avoid excessive rigidity and to keep pace with changing circumstances means that many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague."*<sup>48</sup> De bescherming van het kind staat voorop en dit betekent volgens het Hof dat het de effectiviteit van de kinderbescherming ten goede komt om in de wet niet te concreet te formuleren wanneer kan worden ingegrepen, met andere woorden is de keuze tot een algemene formulering met als gevolg valse positieven te verkiezen boven een te rigide systeem van kinderbescherming. Bovendien kan de toepassing van een vage wettelijke bepaling worden afgeleid uit de parlementaire stukken (*'the relevant preparatory works'*) en is toetsing door een hogere instantie mogelijk.<sup>49</sup> Het Hof spreekt zich aldus met een zekere restrictie uit voor open normen in de

---

45 Naast de vereisten dat er een 'legitimate aim' moet zijn (bijv. bescherming van het kind) en dat de inbreuk 'necessary in a democratic society' is, waarbij de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit worden getoetst; art. 8 lid 2 EVRM. Zie ook hfst. 11, par. 2.1.

46 EHRM 24 maart 1988 (Olsson I), Series A, vol. 130, par. 61a.

47 EHRM 25 februari 1992 (Andersson), Series A, vol. 226-A, par. 75.

48 EHRM 24 maart 1988 (Olsson I), Series A, vol. 130, par. 61a.

49 EHRM 24 maart 1988 (Olsson I), Series A, vol. 130, par. 62.

kinderbescherming, met de kanttekening dat het voor burgers redelijkerwijs mogelijk moet zijn te voorzien wat hen te wachten staat.

De beoordelingsvrijheid van de kinderrechter bij het beslissen of aan de grond voor het opleggen van een bepaalde maatregel is voldaan, is volgens het Europees Hof in zoverre begrensd dat rechterlijke toetsing van deze beslissing mogelijk dient te zijn.<sup>50</sup> Dit biedt de burger bescherming tegen onrechtmatig overheidsingrijpen. De beoordelingsvrijheid met betrekking tot de overheidsinmenging in het gezinsleven is op grond van art. 8 lid 2 EVRM gerechtvaardigd, “*provided that the scope of the discretion and the manner of its exercise are indicated with sufficient clarity... to give the individual adequate protection against arbitrary interference.*”<sup>51</sup>

De Nederlandse rechtsgronden van de OTS, de ontneming van het gezag en de voorlopige maatregelen zullen de toets aan art. 8 lid 2 EVRM dan ook waarschijnlijk kunnen doorstaan voor zover het gaat om de vraag of de bepalingen te algemeen zijn geformuleerd en daarom de overheidsinterventie in het gezin niet voldoende kan worden gelegitimeerd. Aangezien hoger beroep mogelijk is tegen een beslissing van de kinderrechter tot het opleggen of verlengen van een maatregel en de regelingen toegankelijk en voorzienbaar zijn voor betrokkenen, bestaat er voldoende bescherming tegen ongeoorloofd ingrijpen in het gezinsleven ter bescherming van het kind. Ook de Zweedse formulering voor ingrijpen als ‘*a child’s health or development is jeopardised or in danger*’ werd door het Europees Hof niet in strijd geacht met art. 8 lid 2 EVRM. Deze formulering is vergelijkbaar met de rechtsgrond voor een OTS. De jurisprudentie uit Straatsburg leidt er dan ook niet toe dat de rechtsgronden van de maatregelen van kinderbescherming meer concreet moeten worden geformuleerd om aan de verdragsrechtelijke verplichtingen te voldoen. Integendeel, het Europees Hof pleit juist voor effectiviteit in de kinderbescherming, waarvoor het nodig is dat de gronden voor ingrijpen ter bescherming van het kind niet te precies worden geformuleerd.

## 6.10 Conclusie

Hoewel open normen in de kinderbescherming misschien vanuit het oogpunt van de garantie tot bescherming van de minderjarige wenselijk zijn, leidt het niet tot een duidelijke directe rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezinsleven. De rechtsgronden van de maatregelen van kinderbescherming bestaan uit open begrippen die aan de rechter een grote beoordelingsruimte bieden. Terwijl valse negatieven worden voorkomen, is de rechtszekerheid van betrokkenen niet optimaal. Dit kan worden gecompenseerd door het bieden van een sterke rechtspositie van betrokkenen, zodat beslissingen van de kinderrechter en bijvoorbeeld van de GVI getoetst kunnen worden. Deze tendens tot een versterking van de rechtspositie in het kader van een kinderbeschermingsmaatregel heeft zich, zoals eerder bleek, in de laatste decennia in Nederland sterk ontwikkeld en heeft ook geleid tot wetswijzigingen van de OTS en de voorlopige maatregelen van kinderbescherming. Volgens vaste jurisprudentie van het Europees Hof voldoet Nederland met deze procedurele garanties voor betrokkenen naar alle waarschijnlijkheid aan het vereiste dat voor een legitiem

---

50 EHRM 24 maart 1988 (Olsson I), Series A, vol. 130, par. 62.

51 EHRM 24 maart 1988 (Olsson I), Series A, vol. 130, par. 60c.

overheidsingrijpen in het gezinsleven op grond van art. 8 lid 2 EVRM dit ‘bij wet moet zijn voorzien’. De klacht dat de rechtsgronden voor het opleggen van een maatregel van kinderbescherming te ruim zijn geformuleerd, is volgens het Europees Hof ongegrond als er voldoende procedurele garanties zijn om een beslissing opnieuw te laten toetsen en de grond voorzienbaar en toegankelijk is voor de burger.

Dit doet echter niets af aan het feit dat de rechtsgronden van de maatregelen, vooral die van de meest voorkomende maatregelen OTS en ontheffing, niet voldoende rechtvaardiging bieden aan in de eerste plaats ouders en minderjarigen. De gronden kunnen immers op velerlei gezinssituaties worden toegepast en het is dan ook moeilijk om vaste criteria op te stellen waaraan moet zijn voldaan voordat gedwongen hulpverlening wettelijk kan worden opgelegd. Als tamelijk open normen door de beugel kunnen van het Europees Hof, wordt het voor de concrete rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezinsleven van groot belang dat de rechter, die immers de open norm in het concrete geval wel of niet van toepassing verklaart, zijn beslissing nauwkeurig motiveert (zie verder hfst. 8).

De overheidsinbreuk in het gezinsleven kan ook worden gerechtvaardigd op grond van duidelijke doelstellingen van de verschillende maatregelen van kinderbescherming. Zodoende wordt aan betrokkenen rechtszekerheid geboden in de zin dat het doel van de maatregel weergeeft waar de grenzen liggen: als de doelstelling is achterhaald, is bereikt, of redelijkerwijs niet meer kan worden nagestreefd, is de maatregel niet langer gerechtvaardigd. Ook worden de grenzen tussen de verschillende maatregelen van kinderbescherming duidelijk. De ontwikkeling van de kinderbeschermingsmaatregelen in de twintigste eeuw laat zien dat het belang van duidelijke doelstellingen voor het opleggen van een maatregel, net als het belang van duidelijke rechtsgronden, steeds meer naar de achtergrond is verdwenen. Enkele recente ontwikkelingen tonen aan dat de onduidelijkheid over de doelstelling kan leiden tot praktische problemen bij de toepassing van een maatregel van kinderbescherming. In het volgende hoofdstuk zullen de ontwikkelingen van de afgelopen decennia met betrekking tot de doelstellingen van de verschillende maatregelen worden besproken, waarbij zal blijken dat meer duidelijkheid omtrent de doelstellingen gewenst is.

## 7 Ontwikkeling van doelstellingen

### 7.1 Inleiding

Bij de invoering van de OTS in 1921 is in de discussie omtrent de rechtvaardiging van overheidsinterventie het accent verschoven van aandacht voor rechtsgronden voor overheidsinterventie naar aandacht voor praktische doelstellingen bij overheidsingrijpen. De OTS had bij de wetsinvoering duidelijk als doelstelling om de minderjarige thuis te laten wonen en hulp te bieden aan het gezin, zodat verder ingrijpen voorkomen zou worden. Deze doelstelling raakt in de daarop volgende decennia steeds meer vertroebeld, omdat veel OTS-pupillen ook uit huis worden geplaatst. De poging van de wetgever in 1956 om voor een UHP in het kader van een OTS een tweejaarstermijn in te voeren heeft er niet toe geleid dat de doelstellingen van de verschillende maatregelen zijn verduidelijkt, maar heeft er juist voor gezorgd dat naar oplossingen werd gezocht om een UHP langer dan twee jaar te laten voortduren en niet over te gaan tot een verzoek tot ontheffing of ontzetting, omdat dit een te zware ingreep zou zijn op het recht op respect voor het gezinsleven.

De OTS is hiermee tot een soort ‘containermaatregel’ geworden, toepasselijk op velerlei gezinssituaties variërend in toepassing (van opvoedingshulp aan het gezin tot plaatsing van een minderjarige in een gesloten inrichting) en variërend in tijd (van een jaar OTS tot vele jaren verlenging van de OTS met UHP). De ontheffing en ontzetting zijn daarentegen maatregelen die slechts in zeer problematische situaties worden toegepast. Waar een OTS nog mogelijk is, zal in principe geen verzoek tot ontheffing of ontzetting worden gedaan.

Een heldere afbakening van doelstellingen van de verschillende maatregelen van kinderbescherming zou rechtvaardiging bieden van de overheidsinbreuk in het gezinsleven. Juist omdat de rechtsgronden van de maatregelen ruim zijn omschreven en sinds de invoering nauwelijks zijn veranderd, waardoor hiermee geen wettelijke rechtvaardiging wordt geboden vanwege het ruime toepassingsbereik van de maatregelen, biedt een beleid van heldere doelstellingen een goed instrument voor directe rechtvaardiging bij het toepassen van een maatregel van kinderbescherming. Als de doelstelling van de interventie voor betrokkenen duidelijk is, biedt hun dit ook zekerheid omtrent de duur van de maatregel. Als namelijk niet meer gewerkt wordt aan de doelstelling zoals die gold bij het uitspreken van de maatregel, is er niet meer voldoende rechtvaardiging. Betrokkenen, in de eerste plaats ouders en minderjarigen, weten zodoende waar zij aan toe zijn en waar zij aan kunnen werken om de gedwongen hulpverlening zo kort mogelijk te laten duren. Indien een doelstelling bij voorbaat niet haalbaar is met een bepaalde maatregel van kinderbescherming, bijvoorbeeld met een OTS, betekent dit ook dat deze maatregel niet voldoende gerechtvaardigd kan worden. De grenzen tussen de verschillende maatregelen worden duidelijk bij een helder verschil in doelstelling van de maatregelen. Meer dan bij rechtvaardiging op grond van duidelijke rechtsgronden, biedt rechtvaardiging op grond van duidelijke doelstellingen de mogelijkheid om, in plaats van te beoordelen wat de oorzaken zijn die tot het opleggen van een maatregel leiden, te beoordelen of oplossingen van deze oorzaken mogelijk zijn.

Een rechtvaardiging op grond van duidelijke en verschillende doelstellingen van de maatregelen is mijns inziens dan ook te verkiezen boven een rechtvaardiging op grond van duidelijke en concrete rechtsgronden. Gestreefd zou moeten worden naar een zo helder mogelijk beleid wat betreft de doelstellingen, en hieruit voortvloeiend de grenzen tussen de verschillende maatregelen van kinderscherming. De rechtspraak laat echter een andere ontwikkeling zien, namelijk een steeds minder helder onderscheid tussen de maatregelen. Dit speelt vooral bij de OTS en de ontheffing, waarbij pogingen om de doelstellingen te verduidelijken voortdurend zijn gestrand. In plaats van een verduidelijking van de doelstellingen bij overheidsinterventie in het gezinsleven heeft de aandacht zich gericht op een versterking van de rechtspositie van betrokkenen bij een maatregel van kinderscherming, zoals eerder is beschreven. Dit is ten koste gegaan van een serieuze bezinning op rechtvaardiging door middel van een helder beleid omtrent de doelstellingen bij een inbreuk in het gezinsleven ter bescherming van de minderjarige. Hieronder zal op verschillende ontwikkelingen uit de laatste decennia worden ingegaan die betrekking hebben op de doelstellingen van de maatregelen.<sup>1</sup> Het zal blijken dat de roep om een verheldering van doelstellingen groot is, en dat dit laatste ook nodig is om overheidsingrijpen in het gezin ter bescherming van het kind voldoende te rechtvaardigen.

## 7.2 Doelstelling van de OTS

### 7.2.1 *Inleiding*

De wettelijke doelstelling bij het opleggen van een OTS is, zoals dit in artikel 1:257 lid 1 BW staat omschreven, het houden van toezicht op de minderjarige en het bieden van hulp en steun aan de minderjarige en de ouder met gezag teneinde de bedreiging van de zedelijke of geestelijke belangen of de gezondheid van de minderjarige af te wenden. De hulp en steun zijn er in principe op gericht de met het gezag belaste ouder de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding zoveel mogelijk te doen behouden. Deze doelstelling is sinds de invoering van de OTS niet veranderd. De OTS is de meest 'lichte' maatregel van kinderscherming en kan voor maximaal een jaar worden opgelegd, waarna op verzoek door de kinderrechter verlenging van steeds een jaar mogelijk is. Hoewel een OTS gepaard kan gaan met een UHP, die ook telkens voor een jaar kan worden opgelegd, is de maatregel bedoeld om de ouders zoveel mogelijk verantwoordelijk te houden voor de opvoeding van hun kind.

### 7.2.2 *Beperking gezag*

Het belangrijkste verschil tussen de OTS en de ontnemingsmaatregelen is dat bij een OTS het gezag van ouders niet wordt ontnomen maar wordt beperkt. Het ouderlijk gezag omvat de plicht en het recht van de ouder zijn of haar minderjarig kind te verzorgen en op te voeden. Onder verzorging en opvoeding worden mede verstaan de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en licha-

---

1 De voorlopige maatregelen van kinderscherming worden niet besproken, omdat deze doelstellingen duidelijker zijn, namelijk het snel en voor korte tijd ingrijpen om in crisissituaties de bedreiging van de minderjarige weg te nemen, waarna zo nodig tot een OTS, ontheffing of ontzetting zal worden overgegaan.

melijk welzijn van het kind en het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid (art. 1:247 BW). Verder is wettelijk bepaald dat het gezag betrekking heeft op de persoon van de minderjarige, het bewind over zijn vermogen en zijn vertegenwoordiging in burgerlijke handelingen, zowel in als buiten rechte (art. 1:245 lid 4 BW). Enkele belangrijke aspecten van het gezag die betrekking hebben op de persoon van de minderjarige zijn het bepalen van de verblijfplaats van de minderjarige, het beslissen over medische behandeling van de minderjarige tot twaalf jaar<sup>2</sup> en overige beslissingen betreffende de verzorging en opvoeding van de minderjarige, zoals schoolkeuze en geloofs-overtuiging.

In principe oefenen ouders gezamenlijk het ouderlijk gezag uit, tenzij na echtscheiding een verzoek van één van beide ouders om alleen met het gezag te worden belast door de rechter wordt toegewezen of een kind buiten huwelijk is geboren en de ouders geen verzoek tot gezamenlijk gezag hebben ingediend.<sup>3</sup> Sinds 1 januari 1998 is de regeling omtrent de toewijzing van ouderlijk gezag na echtscheiding namelijk gewijzigd: het ouderlijk gezag wordt niet langer toegewezen aan degene die feitelijk met de verzorging en opvoeding van het kind is belast, maar blijft, voor zover mogelijk, bij beide ouders liggen, zowel bij de ouder die belast is met de dagelijkse verzorging en opvoeding van het kind als bij de ouder waar het kind niet woont.<sup>4</sup>

Art. 1:253i lid 1 BW bepaalt dat bij gezamenlijk gezag de ouder alleen bevoegd is tot het bewind over het vermogen van de minderjarige en tot vertegenwoordiging van de minderjarige in burgerlijke handelingen voor zover niet van bezwaren van de andere bevoegde ouder is gebleken. Een dergelijke regeling bestaat niet voor de uitoefening van het gezag voor zover het op de persoon van de minderjarige betrekking heeft. Wel kan op grond van art. 1:253a BW een geschil tussen ouders bij gezamenlijke gezagsuitoefening op verzoek van beiden of van één van hen aan de rechtbank worden voorgelegd, die een beslissing kan nemen in het belang van het kind.

Het is niet geheel duidelijk wat een ‘beperking van het gezag’ bij een OTS nu precies inhoudt, vooral omdat dit nergens met zoveel woorden in de wet is genoemd. Het ouderlijk gezag blijft primair liggen bij de ouder(s) en wordt slechts beperkt door de GVI als een schriftelijke aanwijzing wordt gegeven betreffende de verzorging en opvoeding van de minderjarige, als met succes een verzoek wordt gedaan aan de kinderrechter tot vervangende toestemming voor een medische behandeling van de minderjarige jonger dan twaalf jaar, of als een door de kinderrechter afgegeven machtiging UHP wordt gebruikt om de onder toezicht

---

2 Vanaf twaalf jaar is voor medische behandeling ook toestemming van de minderjarige nodig; zie art. 7:450 BW.

3 Zie art. 1:251 lid 2 BW (ingevoerd bij Wet van 30 oktober 1997, Stb. 506, in werking getreden op 1 januari 1998) jo art. 1:253t BW.

4 Zie Nicolai (1997), die constateert dat deze regeling niet goed past in het wettelijk systeem waarin het concept ouderlijk gezag steeds verder wordt ‘uitgehoud’ doordat de ouder zonder gezag wettelijk meer rechten toebedeeld heeft gekregen met de invoering van titel 15 van boek 1 BW (het recht van iedere ouder op omgang, informatie en consultatie, ingevoerd bij Wet van 6 april 1995, Stb. 240, in werking getreden op 2 november 1995); deze rechten zijn losgekoppeld van ouderlijk gezag en verworpen tot elementen van juridisch ouderschap.

gestelde minderjarige uit huis te plaatsen.<sup>5</sup> Een kinderrechter kan op verzoek van een ouder bij beschikking verklaren dat er geen bezwaar bestaat tegen de afgifte van een reisdocument, zodat de ouder met het kind op vakantie kan.<sup>6</sup> Hierbij zal het om een situatie gaan waarin de ouder met gezag geen toestemming wil geven voor het reisdocument om zodoende tegen te gaan dat de minderjarige met de andere ouder op vakantie gaat. Beide ouders moeten door de kinderrechter worden gehoord voordat deze een beschikking geeft.

De ouders met gezag behouden de bevoegdheid om de verblijfplaats van hun kind te bepalen, tenzij de OTS samengaat met een rechterlijke machtiging tot UHP. Dat dit bij de uitvoering van de gedwongen hulpverlening door de GVI problemen kan opleveren, blijkt bijvoorbeeld uit het arrest van de Hoge Raad van 14 april 2000: een moeder die het gezag uitoefent over een onder toezicht gestelde minderjarige besluit zonder overleg met de GVI om met haar kind naar Denemarken te emigreren. Zodra de GVI op de hoogte is van de beslissing van moeder om in Denemarken te blijven wonen, wordt aan moeder een schriftelijke aanwijzing gegeven om met haar kind terug te keren naar Nederland. In cassatie staat de vraag centraal of de GVI op enige manier juridisch kan bewerkstelligen dat de minderjarige naar Nederland terugkeert. De Hoge Raad oordeelt dat *“een OTS weliswaar kan meebrengen dat het gezag van de ouders wordt beperkt, maar dit niet betekent dat het gezag in zoverre bij de instelling komt te berusten... noch uit de regeling betreffende de OTS noch uit enige andere wettelijke bepaling vloeit voor moeder een verplichting voort de GVI omtrent de verblijfplaats van de dochter te consulteren.”*<sup>7</sup> De moeder met gezag heeft het recht om ook bij een maatregel van OTS de woon- en verblijfplaats van haar dochter te bepalen, al betekent dit dat zij naar een ander land verhuist. Voor de GVI betekent dit in feite dat zij op grond van de huidige OTS-regeling machteloos staat als een ouder met gezag zonder toestemming van de instelling beslist om met het onder toezicht gestelde kind in het buitenland te gaan wonen. De hulpverlening die de GVI in het kader van de OTS heeft geboden, wordt op dat moment afgebroken. Het is ten eerste de vraag of dit altijd in het belang van de minderjarige is.

De huidige regeling van het automatisch doorlopen van gezamenlijk ouderlijk gezag na echtscheiding brengt in het kader van een OTS andere problemen met zich mee. De gewijzigde OTS-regeling is in werking getreden voordat de regeling omtrent gezamenlijk gezag wettelijk is ingevoerd; dit heeft tot juridische onduidelijkheid geleid. Een voorbeeld: als beide ouders na echtscheiding met het gezag zijn belast en de onder toezicht gestelde minderjarige bij de verzorgende ouder opgroeit, is de positie van de niet-verzorgende ouder met gezag niet duidelijk geregeld. Als de GVI van oordeel is dat het in het belang van de minderjarige is om (tijdelijk) bij de niet-verzorgende ouder te wonen en de verzorgende ouder hier niet mee instemt, is de vraag of dit een UHP betreft

---

5 Over het begrip ‘gezag’ in het kader van een OTS bestaat veel onduidelijkheid; zo wordt wel gesproken over het werken met en vanuit ‘gezag’ door de gezinsvoogd bij een OTS (o.a. in het functieprofiel (gezins)voogdijwerk van Vedivo, 1995). Zie bijv. ook Schuytvlot (1999), die stelt dat bij een OTS *“de gezinsvoogd met behulp van het verkregen juridisch gezag een deel van het pedagogisch gezag overneemt”* (p. 183). Vanuit de gedragswetenschappelijke discipline wordt een andere inhoud gegeven aan het begrip ‘gezag’ dan wat onder het juridische ‘gezag’ wordt verstaan.

6 Art. 36 Paspoortwet; zie ook Doek in Personen- en Familierecht (losbl.), art. 254, aant. 2d.

7 HR 14 april 2000, RvdW 2000, 102c. Zie ook FJR 2000, nr. 7/8, p. 181-182. De GVI heeft volgens de Hoge Raad ook geen ‘gezagsrecht’ en de verhuizing van moeder is dan ook niet in strijd met het Haags Kinderontvoeringsverdrag.

waarvoor een rechterlijke machtiging is vereist, of door de GVI een schriftelijke aanwijzing kan worden gegeven aan de verzorgende ouder om de minderjarige bij de niet-verzorgende ouder te laten wonen, of dat de minderjarige zonder enige juridische actie bij de andere ouder geplaatst kan worden. Omdat beide ouders het gezag hebben, zijn zij namelijk beiden bevoegd om de woon- en verblijfplaats van hun kind te bepalen. Wat nu als ouders het oneens zijn over de verblijfplaats van de minderjarige, terwijl de GVI er voor kiest dat het kind bij de andere ouder moet wonen? Een machtiging UHP lijkt overbodig, omdat de OTS-pupil bij een ouder met gezag gaat wonen. Een aanwijzing zou kunnen worden gegeven om de plaatsing van het kind bij de niet-verzorgende ouder te bewerkstelligen, maar dit betekent dat het recht van de verzorgende ouder om de verblijfplaats van het kind te bepalen in belangrijke mate wordt beperkt, zonder dat een rechterlijke toetsing heeft plaatsgehad. Indien er geen rechterlijke beschikking is omtrent het gezamenlijk gezag van ouders na echtscheiding waarin rechterlijke creativiteit is gebruikt door een zinsnede op te nemen waaruit blijkt welke ouder de uiteindelijke zeggenschap heeft over de verblijfplaats van de minderjarige, zal dit vaak tot conflicten leiden. In de praktijk is het daarom ook wel voorgekomen dat de kinderrechter bij het uitspreken van een OTS in de beschikking een bepaling omtrent het gezamenlijk ouderlijk gezag en de beslissing over de verblijfplaats van de minderjarige heeft opgenomen, dit om conflicten te voorkomen.

Ook zonder een maatregel van OTS kan het doorlopen van gezamenlijk gezag na echtscheiding leiden tot conflicten over de verblijfplaats van de minderjarige. De huidige tendens om ouderlijk gezag zo min mogelijk te ontnemen heeft in situaties waar beide ouders na echtscheiding met het gezag zijn belast, maar verschillen van mening over kwesties die de verzorging en opvoeding van de minderjarige betreffen, tot onduidelijkheid geleid. Een oplossing voor conflicten omtrent de verblijfplaats van de minderjarige is gevonden in het bij beschikking tot echtscheiding bepalen van de verblijfplaats van de minderjarige. In de praktijk komt het voor dat een rechter in de beschikking tot echtscheiding een overweging opneemt omtrent de verblijfplaats van de minderjarige. De Hoge Raad heeft onlangs geoordeeld dat de rechter in een echtscheidingszaak de bevoegdheid toekomt om, als beide ouders gezamenlijk met het gezag belast blijven, een beslissing te nemen omtrent de gewone verblijfplaats van de minderjarige.<sup>8</sup> Dit voorkomt ernstige conflicten, zonder dat een einde wordt gemaakt aan het doorlopen van het gezamenlijk gezag na echtscheiding.

In de huidige OTS-regeling wordt nog uitgegaan van de situatie waarin de verzorgende ouder het gezag heeft, terwijl de andere ouder de ‘ouder zonder gezag’ is. De wettelijke invoering van het automatisch doorlopen van gezamenlijk gezag na echtscheiding heeft ertoe geleid dat de OTS-regeling hierop moet worden aangepast, omdat deze nu voor bepaalde situaties niet in een afdoende regeling voorziet. Zo rijzen er ook problemen als de niet-verzorgende ouder met gezag het onder toezicht gestelde kind na een bezoeksregeling niet terugbrengt naar de verzorgende ouder; de GVI staat dan machteloos en kan de politie niet inschakelen, omdat deze niet kan optreden tegen de ouder met gezag.<sup>9</sup> Verder

---

8 HR 15 december 2000, RvdW 2001, 3c; deze bevoegdheid komt volgens de HR voort uit het bepaalde in art. 1:253a BW en art. 827 Rv. Zie over het bepalen van de verblijfplaats van de minderjarige bij gezamenlijk gezag na echtscheiding ook HR 10 december 1999, NJ 2000, 2.

9 Het is dan namelijk nog maar de vraag of sprake is van ‘onttrekking van het gezag’ in de zin van art. 279 WvSr.



roept bijvoorbeeld de bepaling dat een GVI bij een UHP het contact tussen de ouder met gezag en de minderjarige mag beperken vragen op als beide ouders na echtscheiding het gezag behouden en er geen rechterlijk vastgestelde omgangsregeling bestaat: kan de omgang tussen de niet-verzorgende ouder en de minderjarige nu zomaar worden beperkt door de GVI zonder dat een rechter hierover oordeelt? Is er ook sprake van een UHP als het kind bij de andere ouder woont, zodat de omgang kan worden beperkt? De OTS-regeling zal op deze punten moeten worden gerepareerd, waarbij een fundamentele bezinning op de inhoud van het ouderlijk gezag na het uitspreken van een OTS noodzakelijk is.

### 7.2.3 *Huidige doelstelling van de OTS*

Als een OTS is uitgesproken, wordt door de GVI binnen zes weken een hulpverleningsplan opgesteld.<sup>10</sup> Onderdelen van het hulpverleningsplan die een opdracht tot handelen of nalaten betreffende de verzorging en opvoeding van de minderjarige inhouden, zijn te beschouwen als aanwijzingen.<sup>11</sup> Gesteld zou kunnen worden dat het hulpverleningsplan de doelstellingen van de OTS aangeeft en zodoende legitimeert waarom de maatregel is uitgesproken. Uit het hulpverleningsplan kan namelijk worden afgeleid wat de doelstellingen van de OTS zijn in een concrete gezinssituatie. Mijs inziens biedt dit echter niet voldoende rechtvaardiging voor het opleggen van de maatregel. Het hulpverleningsplan wordt pas opgesteld nadat de beslissing tot de wettelijke noodzaak van gedwongen hulpverlening door een rechter is uitgesproken. Betrokkenen kunnen dan wel doelstellingen van de OTS afleiden uit het hulpverleningsplan, maar deze doelstellingen worden pas door een gezinsvoogd in opdracht van de GVI opgesteld op het moment dat een begin wordt gemaakt met de uitvoering van de maatregel. Het hulpverleningsplan is noodzakelijk om ouders en minderjarige duidelijkheid te verschaffen over het uitvoeringstraject van de OTS. Dit is naar mijn mening echter iets anders dan de directe rechtvaardiging van overheidsinterventie bij het opleggen van een OTS. Het opleggen van gedwongen hulpverlening dient voorafgaand aan de beslissing te worden gerechtvaardigd. In de eerste plaats is dit mogelijk door in de wet duidelijkheid te bieden omtrent de doelstellingen van de maatregel. Vervolgens dient de RvdK in een verzoek tot OTS en de rechter bij het uitspreken van de OTS de wettelijke rechtvaardiging in een concreet geval toe te passen. Als dit alles voldoende duidelijk is, heeft de GVI slechts tot taak om de doelstelling te herformuleren in concrete actiepunten, die in een hulpverleningsplan kunnen worden opgenomen.

De wettelijke doelstelling van de OTS is als zodanig geformuleerd en ingevoerd bij de laatste wetwijziging van de OTS in 1995. De wetgever heeft hiermee beoogd de duidelijkheid over de aard en het doel van de OTS te verbeteren. De doelstelling van het opheffen van de bedreiging door hulp en steun aan kind en ouders te bieden blijft volgens de staatssecretaris ongewijzigd.<sup>12</sup> De hulp en steun zijn erop gericht dat de ouders zoveel mogelijk de verantwoordelijkheid houden voor de verzorging en opvoeding van hun kinderen. *“Dit impliceert dat de GVI uithuisplaatsing zoveel mogelijk moet voorkomen en dat moet worden gezocht naar alternatieven die het gezinsverband in stand kunnen houden. Deze bepaling kan dienen als richtsnoer bij het opstellen van het hulpverleningsplan*

---

10 Art. 8 Besluit kwaliteitsregels en taken voogdij- en gezinsvoogdij-instellingen.

11 Zie Bruning (1997), nr. 4, p. 96.

12 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), par. 4.2.

en een rol spelen bij de beoordeling door de rechter van verzoeken tot het verlenen van een machtiging tot uithuisplaatsing of tot verlenging en opheffing van de OTS... Ik vind het van groot belang dat... voorkomen wordt, dat ouders de OTS ervaren als het overnemen van deze opvoeding en verzorging door instanties en het buitenspel zetten van hen als ouders. Het geeft uitdrukking aan het in onze samenleving als fundamenteel geldende beginsel, dat de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van minderjarigen in beginsel berust bij de ouders.”<sup>13</sup> In lid 4 van art. 1:257 BW wordt nog bepaald dat de GVI de gezinsband tussen de met het gezag belaste ouder en de minderjarige bevordert. Dit alles duidt op de gedachte van een zo licht mogelijke vorm van gezinsinterventie met een OTS, zoals ook bedoeld is bij de wettelijke invoering in 1921: de maatregel dient zo kort mogelijk te duren en dient zo weinig mogelijk gepaard te gaan met een UHP.<sup>14</sup> De verschillende kamerfracties reageren positief op het opnemen in de wet van de primaire doelstelling van de OTS.

Hoewel de doelstelling van de OTS juridisch is verduidelijkt door deze expliciet in de wet op te nemen, heeft een aantal beslissingen van de wetgever er daarentegen mijns inziens toe geleid dat de doelstelling in de rechtspraktijk juist is vertroebeld. Hieronder zal nader op deze aspecten worden ingegaan.

#### 7.2.4 OTS en de zelfstandige minderjarige

De eerste beslissing die tot onduidelijkheid over de doelstelling van een OTS heeft geleid, komt voort uit de problematiek van de oudere minderjarige die onder toezicht is gesteld en die zich van het ouderlijk gezag heeft losgemaakt. Voor deze groep is het vaak onzinnig en niet reëel om de doelstelling van herstel van de band tussen ouders en minderjarigen na te streven. De wetgever heeft dit probleem onderkend en heeft een extra lid (lid 3) toegevoegd aan art. 1:257 BW: *“indien het leeftijds- en ontwikkelingsniveau van de minderjarige en diens bekwaamheid en behoefte zelfstandig te handelen en zijn leven naar eigen inzicht in te richten daartoe noodzaken, zijn de hulp en steun, meer dan op het vergroten van de mogelijkheden van de ouders om hun kind te verzorgen en op te voeden, gericht op het vergroten van de zelfstandigheid van de minderjarige.”* Deze clausule biedt een nuancering op het uitgangspunt dat de ouders bij een OTS zoveel mogelijk de verantwoordelijkheid dienen te behouden. Bij nader inzien is door de wetgever naar aanleiding van de reacties van de adviserende instanties aan de wetgever op het concept-wetsvoorstel geen leeftijdsgrens gesteld van zestien jaar, maar is gekozen voor een materieel criterium. *“De eerder voorgestelde leeftijdsgrens van zestien jaar beoogde niet uit te sluiten dat de hulp en steun in omstandigheden ook bij een jongere minderjarige gericht zouden zijn op het vergroten van de zelfstandigheid van de minderjarige... daarentegen is, zoals ook de Raad van State heeft opgemerkt, niet iedere minderjarige van zestien jaar of ouder gebaat bij hulp en steun die gericht is op het vergroten van zijn zelfstandigheid.”*<sup>15</sup>

Eerder is in de nota Kosto ingegaan op de problematiek van oudere minderjarigen die zich hebben losgemaakt van het ouderlijk gezag en bijvoorbeeld een zwervend bestaan leiden, verslaafd raken aan alcohol, drugs of gokken of die in de prostitutie belanden. De staatssecretaris vroeg zich af of de OTS voor deze

13 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 12 en 34.

14 Vgl. ook art. 23 WJHV, het zgn. ‘zozozo-beleid’.

15 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 12-13.

groep wel de meest geëigende maatregel is, omdat de doelstelling niet kan worden nageleefd en gaf aan te denken over een nieuwe maatregel van kinderbescherming, namelijk een maatregel van hulp en steun aan de jeugdige, waarbij de ouders niet worden betrokken.<sup>16</sup>

In het wetsvoorstel herziening OTS wijzigt de staatssecretaris zijn standpunt in zoverre, dat hij nu van mening is dat een OTS voor de oudere jongere met problemen, die zich heeft losgemaakt van het gezag van ouders, wèl het kader kan vormen waarbinnen hulp geboden wordt. Een nieuwe maatregel van kinderbescherming is volgens hem dan ook niet noodzakelijk. Door een enkele nuancering van de doelstelling van OTS is deze voor de oudere minderjarige ook geschikt, zolang de ouderlijke verantwoordelijkheid niet wordt benadrukt als enige doelstelling. Hierbij blijft wel het uitgangspunt gelden dat de gezinsband tussen de ouder met gezag en de minderjarige door de GVI bevorderd moet worden.<sup>17</sup>

Hoewel er door de wetgever als het ware een andere doelstelling is geformuleerd voor oudere minderjarigen van wie *‘de zedelijke of lichamelijke belangen of de gezondheid ernstig worden bedreigd’*, kan dit uitgangspunt naar mijn mening tot verwarring leiden bij de uitvoering van de OTS, vooral daar waar een jongere aangeeft niets meer met zijn ouders te maken te willen hebben. Het specifieke wettelijke doel is namelijk, meer nog dan het stimuleren van de mogelijkheden van ouders om zich met de opvoeding van hun kind bezig te houden, het vergroten van de zelfstandigheid van de minderjarige. De wettelijke formulering lijkt er op te duiden dat beide doelstellingen inhoud dienen te krijgen bij de uitvoering van de OTS, waarbij de zelfstandigheid van de minderjarige voorop staat. Het is moeilijk te bepalen in hoeverre de ouders bij de verzorging en opvoeding van de oudere minderjarige moeten worden betrokken. Dit zal van geval tot geval verschillen. De rol die de ouders nog kunnen of mogen spelen bij de uitvoering van de gedwongen hulpverlening is niet duidelijk. Voor zowel ouders en minderjarige als voor de gezinsvoogd kan deze onduidelijkheid tot conflicten leiden.

Ook de kamerfracties uiten hun ongenoegen over de onduidelijke formulering van de aanvullende doelstelling voor een OTS van een zelfstandige minderjarige. Verder wijzen zij op de onduidelijke verhouding tussen de algemene doelstelling van behoud van de verantwoordelijkheid van ouders voor de verzorging en opvoeding van hun kind en de aanvullende doelstelling van het vergroten van de zelfstandigheid van de oudere minderjarige. De reactie van de staatssecretaris leidt bepaald niet tot een opheldering van dit probleem: *“de GVI houdt toezicht op de minderjarige en draagt zorg dat aan de minderjarige en de met het gezag belaste ouder hulp en steun worden geboden... dit is de centrale opdracht aan de GVI. Lid 2, 3 en 4 geven criteria voor de inhoud van deze hulp en steun... om te voorkomen dat de GVI zich in alle omstandigheden gedwongen zou voelen om naar terugkeer van de minderjarige naar zijn ouderlijk huis te streven, is het derde lid opgenomen. Dit betekent echter niet dat het hulpverleningsplan van de GVI zou mogen leiden tot het vergroten van de kloof tussen ouder en kind. Integendeel, in beginsel zal herstel van de verhoudingen een van de onderdelen van het hulpverleningsplan moeten zijn... het betekent evenmin dat de GVI niet zou moeten onderzoeken of terugkeer naar de ouders tot de mogelijkheden behoort. Alleen wanneer de ontwikkeling van het kind*

---

16 Nota Kosto (1990), par. 5.1.

17 Art. 1:257 lid 4 BW. Zie ook *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 34.

*daartoe noodzaakt, zullen de hulp en steun het geschetste karakter hebben. Het tweede lid van artikel 257 is dus primair.*”<sup>18</sup> Een antwoord op de vraag in welke mate de OTS gericht moet zijn op herstel van de band tussen ouders en minderjarige, wordt naar mijn mening geenszins beantwoord.

Bovendien is niet duidelijk wanneer nu sprake is van een zodanig leeftijds- en ontwikkelingsniveau en zodanige bekwaamheid van de minderjarige om zelfstandig te handelen, dat de doelstelling uit art. 1:258 lid 3 BW van toepassing is. Wie oordeelt hierover, is dat de kinderrechter of de GVI? Indien de kinderrechter hierover geen uitspraak doet, kan de beoordeling van een gezinsvoogd of aan genoemd criterium is voldaan tot hevige conflicten leiden met de ouders of met de minderjarige. Het is dan ook gewenst dat de kinderrechter in zijn beschikking tot OTS aangeeft wanneer de doelstelling van de OTS vooral moet zijn gericht op het vergroten van de zelfstandigheid van de minderjarige. Hoewel de PvdA-fractie opmerkt dat de doelstellingen van de maatregel van OTS door een inhoudelijke motivering van de kinderrechter dienen te worden geformuleerd als basis voor het hulpverleningsplan,<sup>19</sup> geeft de staatssecretaris aan dat de GVI beslist of art. 1:258 lid 3 BW van toepassing is. Op de vraag van de PvdA-fractie wie bepaalt wat het primaire doel van de OTS is, waarbij zij de vraag aan de orde wil stellen of het bepalen van het doel van de OTS wel beschouwd kan worden als een uitvoeringsverantwoordelijkheid, antwoordt hij dat het primaire doel van de OTS bepaald wordt door de wet. *“Welk hulpverleningsaanbod aangewezen is om de bedreiging van de minderjarige op te heffen, wordt echter, binnen deze grenzen, in eerste instantie bepaald door de GVI. Indien gedurende de uitvoering van de OTS over de inhoud van de hulpverlening verschil van mening ontstaat tussen ouder, minderjarige en GVI, kan voorts de rechter tot een beslissing worden geroepen.”*<sup>20</sup> Het is nog maar de vraag of belanghebbenden op de hoogte zijn van de door de GVI gemaakte keuze over het wel of niet toewerken naar het vergroten van de zelfstandigheid van de oudere minderjarige, laat staan van de mogelijkheid tot het instellen van beroep bij de kinderrechter tegen deze keuze.

Tenslotte is voor de zelfstandige OTS-pupil de gewone OTS-regeling van toepassing. Dit betekent bijvoorbeeld dat voor een UHP, behoudens in de gevallen dat de ouder met gezag daartoe overgaat zonder bezwaar van de GVI, een machtiging van de kinderrechter is vereist. Stel nu dat de minderjarige van huis is weggelopen en wel wil meewerken aan begeleiding bij het zelfstandig op kamers wonen, terwijl de ouders het hier niet mee eens zijn en hun kind thuis willen houden. De GVI kan in dat geval de minderjarige niet zonder machtiging elders laten wonen, omdat de regeling van vrijwillige UHP in het kader van een OTS uit art. 1:258 lid 3 BW in deze situatie niet voorziet. Dat betekent dat de GVI bij tegenwerking van ouders een machtiging UHP zal moeten verzoeken en alle partijen door de kinderrechter gehoord zullen worden voordat een machtiging wordt afgegeven. Dit lijkt mij onnodig bevoogdend voor de oudere minderjarige, van wie nota bene is geconstateerd dat deze een zodanig leeftijds- en ontwikkelingsniveau heeft, dat hij of zij bekwaam is en de behoefte heeft om zelfstandig te handelen en zijn leven naar eigen inzicht in te richten en dat daarom de doelstelling van het vergroten van de zelfstandigheid van de minderjarige bij de uitvoering van de OTS voorop staat.

---

18 *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23 003, nr. 5, p. 37.

19 *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23 003, nr. 4, p. 11-12.

20 *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23 003, nr. 5, p. 38.

De speciaal ingevoerde doelstelling voor de oudere ‘probleemjongere’ is mijns inziens dan ook niet voldoende doordacht en leidt niet tot een verheldering van de doelstelling van een OTS. Integendeel, door het naast elkaar hantieren van verschillende doelstellingen kan de aard van de OTS in bepaalde gevallen juist onduidelijker worden, waardoor de uitvoering van de hulpverlening door de gezinsvoogd ook niet wordt vergemakkelijkt.

#### 7.2.5 Strafrechtelijke OTS

De strafrechtelijke OTS is in 1995 uit de wet verdwenen.<sup>21</sup> In het huidige jeugdstrafrecht is het voor de jeugdstrafrechter niet meer mogelijk om op de zitting in het kader van een strafrechtelijke procedure een OTS op te leggen. Wel kan het OM een verzoek tot OTS indienen bij de (civiele) kinderrechter. Hoewel gebleken is dat van deze mogelijkheid nauwelijks gebruik wordt gemaakt,<sup>22</sup> blijft er zodoende sprake van een verbinding tussen het civiele jeugdrecht en het jeugdstrafrecht.

Hoewel de rechtsgrond voor het opleggen van een OTS in een strafrechtelijke procedure gelijk was aan de rechtsgrond van de civiele OTS, zal de doelstelling toch wel enigszins hebben verschild. Wanneer een OTS in een strafrechtelijk kader werd opgelegd, lijkt me dat een belangrijke taak van de gezinsvoogd was om, behalve het bieden van hulp aan het gezin, de minderjarige op het rechte pad te brengen en te houden door bijvoorbeeld naar een geschikte dagbesteding van de minderjarige te zoeken. Deze doelstelling hoeft niet altijd overeen te komen met de eerder besproken doelstelling om de zelfstandigheid van de minderjarige te vergroten. De keuze van de wetgever om de strafrechtelijke OTS te doen vervallen, is niet zozeer gericht op een keuze omtrent de doelstelling van OTS maar komt voort uit de gedachte om de kinder(straf)rechter meer het karakter van strafrechter te geven. “*Het lijkt beter de civielrechtelijke OTS in het kader van het strafrecht te vermijden... De OTS is immers gezagsbeperkend en derhalve gericht tegen de ouders, terwijl in het strafrecht het kind terecht staat.*”<sup>23</sup> Hoewel de mogelijkheid is blijven bestaan om een minderjarige in het kader van een strafrechtelijke procedure door een civiele kinderrechter onder toezicht te laten stellen op vordering van een Officier van Justitie, zal het de duidelijkheid ten goede komen als de specifieke doelstelling van de OTS wordt benadrukt. Dit kan bijvoorbeeld worden bewerkstelligd door het opnemen van een zinsnede omtrent de doelstelling van een OTS in de rechterlijke beschikking. Op deze manier is voor alle partijen, zowel voor ouders en minderjarigen als voor de GVI, duidelijk waar aan gewerkt moet worden bij de uitvoering van de OTS. De doelstelling kan vervolgens als zodanig worden opgenomen in het hulpverleningsplan dat wordt opgesteld door de gezinsvoogd in opdracht van de GVI. Voor een minderjarige zal het misschien gemakkelijker te accepteren zijn dat de OTS (en eventueel de UHP) is opgelegd in verband met een dreigende situatie vanwege de strafbare feiten die zijn gepleegd (waarbij er duidelijk geen sprake is van strafrechtelijk

21 Sinds de wetwijziging van het jeugdstrafrecht die is ingevoerd op 1 september 1995. Wet van 7 juli 1994, Stb. 528.

22 De in het kader van de wetsevaluatie OTS (2000) ondervraagde kinderrechters geven aan dat zij nooit of nauwelijks meemaken dat het OM een vordering tot OTS indient. Het OM zou volgens een aantal kinderrechters vaker gebruik moeten maken van deze bevoegdheid, omdat op deze manier de verbinding tussen het civiele jeugdrecht en het jeugdstrafrecht inhoud kan worden gegeven.

23 *Kamerstukken II*, 1989-1990, 21 327, nr. 3 (MvT), p. 10.

bewijs en het dan ook niet gaat om het straffen van de minderjarige), dan dat de OTS wordt gerechtvaardigd met de open norm *‘bedreiging met zedelijke of geestelijke belangen of gezondheid.’*

In dit kader dient nog een andere situatie ter sprake te worden gebracht, namelijk als een minderjarige thuis zoveel problemen geeft, dat ouders zelf aangeven de situatie niet langer aan te kunnen en een OTS voorstaan voor hun kind, meestal samengaand met een UHP. Het hoeft dan niet altijd te gaan om een strafrechtelijke procedure waarbij de jongere is betrokken. Een vergelijking met het ouderlijk tuchtrecht, dat in 1921 is ingetrokken, is hier op zijn plaats. In 1946 was er naar aanleiding van een wetsvoorstel discussie over de vraag of het ouderlijk tuchtrecht opnieuw moest worden ingevoerd, omdat de OTS niet bedoeld zou zijn om een minderjarige direct uit huis te plaatsen. De OTS zou in deze gevallen voor moeilijk opvoedbare jongeren oneigenlijk worden toegepast, want de doelstelling om het gezin intact te laten werd niet nagestreefd. Uiteindelijk is het ouderlijk tuchtrecht niet opnieuw wettelijk ingevoerd.<sup>24</sup> Wel was het tot de wetswijziging OTS van 1995 voor de kinderrechter mogelijk om een OTS-pupil tot zestien jaar voor maximaal zes maanden, en een oudere OTS-pupil voor maximaal twaalf maanden, in een tuchtschool te plaatsen (art. 1:263 lid 5 oud BW). De plaatsing in een tuchtschool komt in de huidige OTS-regeling niet meer voor. Dit *“past ook minder goed in het denken over het bestraffen van jeugdigen door de overheid... het ligt dan ook niet voor de hand de plaatsing in een tuchtschool met de bedoeling van bijzondere tucht, langs de wet van de OTS te effectueren, zelfs zonder dat in een met waarborgen omgeven strafrechtelijke procedure is vast komen te staan dat enig strafbaar feit is gepleegd,”*<sup>25</sup> aldus de staatssecretaris.

Nog steeds wordt een OTS echter opgelegd in vergelijkbare situaties, namelijk daar waar ouders aan de bel trekken bij de RvdK met het verzoek tot gedwongen hulpverlening, omdat hun kind bijvoorbeeld niet wil meewerken aan vrijwillige hulpverlening. De minderjarige kan bij een OTS met een rechterlijke machtiging ook gesloten worden geplaatst in een jeugdinrichting indien sprake is van *‘ernstige gedragsproblemen’*. Voor deze groep minderjarigen is het vaak maar moeilijk te begrijpen dat de maatregel is opgelegd *‘ter afwending van de bedreiging van hun zedelijke en geestelijke belangen of hun gezondheid.’* De extra doelstelling tot het vergroten van de zelfstandigheid van de minderjarige zal in deze situaties niet van toepassing zijn. De oudere ‘probleemjongere’ heeft mijns inziens recht op een duidelijke beslissing omtrent de doelstelling van de opgelegde OTS en UHP, vooral als het gaat om een gesloten plaatsing en derhalve sprake is van vrijheidsberoving. De enkele overweging dat het moet gaan om *‘ernstige gedragsproblemen’* van de minderjarige, zoals dit staat in art. 1:261 lid 3 BW, volstaat niet, want hiermee wordt geen doel bij de uitvoering van de OTS geformuleerd. Een kinderrechter zou er dan ook goed aan doen om in deze situaties de doelstelling van de OTS in heldere bewoordingen, en in eerste instantie gericht aan de minderjarige, te formuleren in de rechterlijke beschikking.

---

24 Zie hfst. 4, par. 2.3.

25 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 19.

### 7.2.6 OTS en omgang

Bij de herziening van de voorlopige maatregelen van kinderscherming in 1997 is ook art. 823 Rv ingevoerd, waarin is bepaald dat de rechter tijdens een echtscheidingsprocedure ambtshalve een OTS kan uitspreken.<sup>26</sup> Ook als een echtscheidingsprocedure is afgerond, kan een OTS worden opgelegd in situaties waar problemen omtrent omgang tussen het kind en de niet-verzorgende ouder de belangrijkste oorzaak zijn die tot de noodzaak van een OTS leiden. Als een OTS wordt opgelegd, kan een gezinsvoogd pogen de omgang in goede banen te leiden en de spanningen omtrent de omgang te verminderen. Er wordt dan ook wel gesproken van een zogenaamde ‘omgangs-OTS.’ Het is de vraag of dit een vorm van oneigenlijk gebruik van de OTS is, omdat het enkele doel het bieden van begeleiding bij de veelal vastgelopen omgang tussen kind en ouder lijkt te zijn.<sup>27</sup>

De staatssecretaris merkt bij de meest recente wetswijziging van de OTS hierover op dat een OTS met als doel een omgangsregeling tot stand te brengen niet wenselijk is. Wel kunnen problemen bij de uitvoering van een omgangsregeling ertoe leiden dat de minderjarige ernstig wordt bedreigd in zijn belangen zoals bedoeld in de rechtsgrond voor OTS, waardoor een OTS noodzakelijk is. *“Ik heb daarmee niet beweerd en wil ook niet beweren, dat problemen met betrekking tot een omgangsregeling een OTS rechtvaardigen. Integendeel, een OTS met bijvoorbeeld het enkele doel een omgangsregeling tot stand te brengen, acht ik de strikte grenzen die aan het kinderschermingsrecht gesteld dienen te worden, te buiten gaan. Daaraan doet niet af dat een OTS gerechtvaardigd kan zijn wanneer het ontbreken van een omgangsregeling of juist het bestaan ervan zodanige problemen oproept dat het kind ernstig wordt bedreigd.”*<sup>28</sup>

Onlangs heeft de Hoge Raad tweemaal uitspraak gedaan in zaken waar sprake was van een OTS met als doel om te komen tot een omgangsregeling tussen de minderjarige en de niet-verzorgende ouder na scheiding van de ouders. De Hoge Raad neemt een duidelijk standpunt in over de rechtsvraag of een OTS met als enkel doel het tot stand brengen van een omgangsregeling op haar plaats is en mogelijk is op grond van art. 1:254 BW. *“Niet uitgesloten is dat het opleggen van een maatregel van OTS gerechtvaardigd kan zijn wanneer het ontbreken van een omgangsregeling of juist het bestaan ervan, dan wel de conflicten of problemen bij het totstandbrengen of het uitvoeren van een omgangsregeling zodanige belastende conflicten of problemen opleveren voor het kind dat deze, op zichzelf of in combinatie met andere omstandigheden, een ernstige bedreiging opleveren voor zijn zedelijke of geestelijke belangen, en andere middelen ter afwendig van deze bedreiging hebben gefaald of, naar te voorzien is, zullen falen. In een dergelijk geval moeten aan de motivering van de toewijzing hoge*

---

26 Zie hfst. 5, par. 3.4.

27 Een ander voorbeeld van oneigenlijk gebruik van de OTS was de zgn. ‘financiële OTS’, bedoeld om een UHP van een minderjarige te financieren zonder ouderlijke bijdrage. Sinds de inwerking-treding van het wetsvoorstel ouderbijdrage jeugdhulpverlening (22 060, Wet van 2 februari 1995, Stb. 225) op 1 mei 1995 geldt voor ouders ook een betalingsverplichting voor een UHP met rechterlijke machtiging in het kader van een OTS en zal deze vorm van oneigenlijk gebruik niet meer voorkomen.

28 *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23 003, nr. 5, p. 16-17.

*eisen gesteld worden.*<sup>29</sup> De enkele kans dat het ontbreken of niet nakomen van een omgangsregeling voor de minderjarige nadelig of schadelijk zal zijn, onder meer omdat deze daardoor in een loyaliteitsconflict zou kunnen komen te verkeren, levert volgens de Hoge Raad niet een toereikende motivering op.<sup>30</sup> Ook het feit dat uit de raadsrapportage en het verhandelde ter zitting is gebleken dat een omgangsregeling niet op vrijwillige basis tot stand komt en dat de RvdK ter zitting heeft gesteld dat de minderjarige ernstig in haar ontwikkeling wordt bedreigd als ze geen contact heeft met haar biologische vader, levert geen toereikende motivering op voor het opleggen van een OTS.<sup>31</sup> In beide zaken gaat het om jonge kinderen. De Hoge Raad maakt duidelijk dat er voor het gebruik van een OTS om een omgangsregeling tot stand te brengen meer moet worden aangevoerd dan een dreiging dat het kind schade zal ondervinden als deze met de andere ouder geen omgang zal hebben.

Dat het gebruik van een OTS in het kader van een moeizaam lopende omgangsregeling tot onduidelijkheid kan leiden, blijkt bijvoorbeeld uit de beschikking van het Gerechtshof Amsterdam van 23 april 1998.<sup>32</sup> In deze zaak was een OTS opgelegd vanwege omgangsproblematiek tussen ouders, waardoor de belangen van de kinderen werden bedreigd. De vader probeert voortdurend omgang tot stand te brengen met zijn kinderen, maar de moeder werkt elke omgang tegen. Als het de GVI duidelijk wordt dat het onmogelijk is omgang tussen vader en kinderen tot stand te brengen, verzoekt zij de kinderrechter tot opheffing van de OTS. De kinderrechter wijst dit verzoek af, aangezien de bedreiging van de belangen van de kinderen nog niet is afgewend. Als de OTS tweemaal voor een jaar is verlengd, verzoekt de vader in hoger beroep tot een verbetering van gronden waarop de beschikking tot verlenging van de OTS is gegeven. Hij stelt dat de GVI de doelstelling van de OTS, namelijk het tot stand brengen van omgang, niet naleeft en daarom misbruik van haar bevoegdheid maakt. De kinderrechter had volgens de vader het niet meewerken aan omgang door de moeder als grondslag van de OTS moeten aanmerken. Het Gerechtshof Amsterdam oordeelt dat voor de door de vader voorgestane verenging van de grond voor OTS geen plaats is, aangezien dit geen steun vindt in het recht. Een opdracht tot het realiseren van omgang tussen vader en kinderen past evenmin in het stelsel van de wet.

Uit deze casus blijkt dat zowel voor ouders als voor de GVI een OTS die wordt opgelegd in verband met problemen die voortvloeien uit een omgangsregeling tot moeilijkheden kan leiden. Als de begeleiding van een gezinsvoogd niet tot een vermindering van de omgangsproblematiek kan leiden in de zin dat meer omgang tussen een minderjarige en zijn of haar niet-verzorgende ouder tot stand komt, en er verder geen gezinsproblemen zijn die de belangen van het kind bedreigen, is onduidelijk wat de doelstelling van de OTS is en is het maar de vraag of nog aan die doelstelling kan worden gewerkt. Daarom zou ook in dit soort OTS-situaties meer duidelijkheid moeten komen over de specifieke doelstelling van de OTS. Voor alle betrokkenen leidt dit tot meer rechtswaarborgen, omdat de GVI dan een duidelijke opdracht heeft en een verzoek tot opheffing

---

29 HR 13 april 2001, AB1009, R00/092HR en AB1073, R00/123HR, r.o. 3.4. Hoewel in beide zaken tot niet-ontvankelijkheid wordt beslist vanwege het feit dat de termijn van de OTS inmiddels is verstreken en er daarom geen belang meer is bij cassatieberoep, ziet de HR in verband met het belang van de rechtsvraag aanleiding tot deze overweging. Zie ook hfst. 8, par. 4.2.

30 HR 13 april 2001, AB1073, R00/123HR.

31 HR 13 april 2001, AB1009, R00/092HR.

32 FJR december 1999, nr. 12, p. 261-263.



van de OTS kan indienen als zij niet aan deze opdracht kan voldoen, en ouders kunnen verzoeken om opheffing van de OTS als aan de specifieke doelstelling in het kader van omgangsproblematiek is voldaan.

### 7.2.7 *Maximale termijn uithuisplaatsing vervallen*

Een laatste aspect dat er mijns inziens toe geleid heeft dat de doelstelling van de OTS minder duidelijk is geworden, betreft het verdwijnen van de wettelijk maximale termijn van twee jaar voor een UHP bij een OTS. In de OTS-regeling zoals die gold tot 1 november 1995 kon een OTS met UHP na twee jaar nog slechts verlengd worden als was voldaan aan één van de uitzonderingsgronden (genoemd in art. 1: 263 lid 4 oud BW) op de tweejaarstermijn voor UHP. Dit impliceerde dat, indien niet was voldaan aan één van de uitzonderingsgronden en de UHP van het onder toezicht gestelde kind (nog) niet beëindigd kon worden, er ofwel een gedwongen ontheffing moest worden uitgesproken op grond van art. 1:268 lid 2a BW, ofwel naar een noodoplossing gezocht moest worden om de UHP in het kader van een OTS te continueren. Een oplossing werd bijvoorbeeld gevonden in het voor zeer korte tijd beëindigen van de UHP of het gebruiken van een voorlopige toevertrouwing door de Officier van Justitie zonder om bekrachtiging van deze maatregel te verzoeken, zodat de tijdelijke maatregel lang kon voortduren.<sup>33</sup> Dit systeem van een beperkte wettelijke duur van UHP werd door velen te rigide geacht. In situaties waar een OTS met UHP na twee jaar zonder verdere problemen en met toestemming van ouders zou kunnen voortduren, zou het ouders onnodig schaden als zij gedwongen van het gezag ontheven zouden worden. Door de Hoge Raad werd deze zienswijze gesanctioneerd door te bepalen dat zolang een ouder bereid was het kind elders te doen opvoeden, er niet was voldaan aan de grond voor gedwongen ontheffing.<sup>34</sup> In de volgende paragraaf zal hier nader op worden ingegaan.

In de huidige OTS-regeling is gevolg gegeven aan bovengenoemde opvatting door de tweejaarstermijn voor UHP bij een OTS te laten vervallen. *“De maximaal toegestane duur van uithuisplaatsing door de kinderrechter, de zogenaamde tweejaarstermijn, vervalt. Het bestaan van deze termijn is aan kritiek onderhevig, omdat bijvoorbeeld een pleeggezinplaatsing na de maximale duur van twee jaar tegen de zin van ouders slechts kan worden voortgezet na ontheffing van de ouders uit het gezag”*, aldus de staatssecretaris.<sup>35</sup> Hoewel de keuze van de wetgever om de tweejaarstermijn voor UHP te laten vervallen niet expliciet zal zijn bedoeld om een UHP in het kader van een OTS langer te laten doorlopen en minder snel tot een ontheffing over te gaan, kan het er wel toe leiden dat in de rechtspraak een OTS met UHP langer zal doorlopen en minder snel zal worden overgegaan tot een verzoek tot gedwongen ontheffing, omdat het evaluatiemoment voor het toekomstperspectief van een kind na twee jaar UHP (waar zal het kind in de toekomst worden opgevoed?) uit de wet is verdwenen.<sup>36</sup> Voor ouders zal het ook vaak gemakkelijker te accepteren zijn dat hun kind onder toezicht is gesteld, dan dat zij worden ontheven van het gezag. Door een OTS met UHP langdurig te laten doorlopen, wordt de doelstelling om ouders

33 Zie hierover Delfos/Doek (1982), p. 99-101.

34 HR 13 november 1987, NJ 1988, 466; HR 13 mei 1988, NJ 1989, 396.

35 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 18. De NVVR liet in haar commentaar op het concept-wetsvoorstel al weten in te stemmen met het verdwijnen van de maximale duur voor UHP.

36 Zie hierover Bruning (1998), p. 110-111.

zoveel mogelijk verantwoordelijkheid te laten behouden voor de opvoeding van hun kind en om te werken aan een terugplaatsing van het kind steeds moeilijker te realiseren.<sup>37</sup> In veel situaties blijkt na verloop van tijd dat terugplaatsing geen reële optie meer is. Vooral bij pleeggezinplaatsingen van jonge kinderen bij een OTS speelt dit probleem. Hierbij is het de vraag wanneer een OTS nog voldoende is en wanneer moet worden overgegaan tot een ontheffing van het ouderlijk gezag. Dit probleem zal in de volgende paragraaf worden uitgewerkt.

## 7.3 Verschil tussen OTS en ontheffing

### 7.3.1 Inleiding

In situaties waar een OTS-pupil al geruime tijd met een rechterlijke machtiging uit huis is geplaatst, rijst de vraag welke kinderbeschermingsmaatregel nu van toepassing is en welke het meest geschikt is voor het kind. Hierbij is het belangrijk een onderscheid te maken tussen het soort UHP. Als een minderjarige met een OTS en UHP in een internaat of tehuis is geplaatst, zal voor een gezinsvoogd de beoogde terugplaatsing van de minderjarige voorop staan en zal het uitgangspunt zijn dat ouders zoveel mogelijk betrokken blijven bij de verzorging en opvoeding van hun kind, tenzij deze dermate bekwaam is zelfstandig te handelen dat de gezinsvoogd vooral een vergroting van de zelfstandigheid wil bevorderen. De primaire doelstelling van de OTS wordt op deze manier nageleefd. Een plaatsing van een OTS-pupil in een pleeggezin kan na verloop van tijd echter leiden tot een situatie waarin het kind zich aan pleegouders heeft gehecht en het niet per definitie in het belang van het kind is uit het pleeggezin te worden weggehaald om naar ouders te worden teruggeplaatst. Vooral onder invloed van pedagogische inzichten is de roep om aandacht voor de positie van het kind bij een langdurige pleeggezinplaatsing de laatste jaren steeds groter geworden, waarbij de hechtingstheorie centraal staat.

### 7.3.2 Hechting

De hechtingstheorie (*'attachment'*) is ontwikkeld door Bowlby in de jaren vijftig van de vorige eeuw. *'Attachment'* is de term voor een relatief duurzame affectieve relatie tussen een kind en één of meer specifieke personen met wie het regelmatig interacteert.<sup>38</sup> De hechtingspersoon biedt een kind in een onbekende omgeving de vertrouwde basis en een gevoel van veiligheid van waaruit de omgeving wordt geëxploreerd. Volgens Bowlby is een jong kind volledig afhankelijk van een volwassene om te overleven en bindt het zich daarom van nature aan zijn verzorger. Deze volwassene beschermt het kind en geeft het liefde, aandacht en stimulans. Dit menselijk gedrag is volgens Bowlby biologisch bepaald. Door de intensieve interactie tussen verzorger en kind in de eerste levensjaren gaat het kind zich hechten en binden aan deze volwassene.

---

37 Ook Koens is van mening dat het afschaffen van de maximale termijn voor UHP afwijkt van de doelstelling van de OTS, waardoor ook de rechtsgrond van de OTS in een ander daglicht komt te staan en de OTS als lichtste maatregel zo een zeer hybride karakter krijgt; zie Koens (1994), hfst. 5.

38 Van IJzendoorn/Tavecchio/Goossens/Vergeer (1982), p. 13; deze auteurs geven de voorkeur aan de term 'gehechtheid'.

Kenmerkend voor de gehechtheidsrelatie is de duurzame emotionele beschikbaarheid van de volwassene voor het kind.<sup>39</sup> Het jonge kind bouwt van nature een gehechtheidsrelatie op met de biologische ouder(s). Maar als een ander de taken van verzorger van het kind uitoefent, kan een kind zich gaan hechten aan deze persoon. Om zich adequaat te kunnen ontwikkelen heeft een kind volgens Bowlby een hechtings- en opvoedingsrelatie nodig.<sup>40</sup>

De betekenis van de gehechtheidsrelatie van een kind met een volwassene is afhankelijk van de leeftijd van het kind.<sup>41</sup> Hierbij kunnen globaal drie leeftijdsfasen worden onderscheiden waarin de betekenis van hechting met een volwassene voor een minderjarige verandert. De eerste fase is die waarin het kind de leeftijd van nul tot vijf jaar heeft. In deze fase wordt de basis van de hechting gevormd. Het kind richt zich in deze periode primair op de hechtingspersoon, met wie een opvoedingsrelatie ontstaat. In de tweede fase, de periode waarin het kind de leeftijd van zes tot elf jaar heeft, is het kind minder kwetsbaar en minder afhankelijk van de directe nabijheid van de hechtingspersoon om te overleven. De hechtingspersoon blijft wel belangrijk voor het kind als de persoon die steun en stimulans geeft, maar het kind is voor zijn persoonlijke ontwikkeling niet meer alleen afhankelijk van de hechtingspersoon. De derde fase, waarin de minderjarige de leeftijd van twaalf tot achttien jaar heeft, kenmerkt zich door een toenemende mate van zelfstandigheid van de minderjarige. De emotionele positie van de hechtingspersoon verandert, maar de noodzaak dat hij of zij beschikbaar is voor de minderjarige verandert niet.

Bij een pleeggezinplaatsing van een minderjarige die onder toezicht is gesteld, is het belangrijk om deze drie leeftijdsfasen voor ogen te houden. Een kind dat jonger is dan zes jaar en dat in een pleeggezin wordt geplaatst, zal binnen korte tijd een gehechtheidsrelatie kunnen opbouwen met zijn verzorgers (een jong kind zal zich hechten aan degene die met de dagelijkse verzorging en opvoeding is belast).<sup>42</sup> Als de gehechtheidsrelatie wordt verbroken, kan dit voor het kind in deze leeftijdsfase zeer schadelijk zijn. Een tijdelijke pleeggezinplaatsing zou voor jonge kinderen vanuit dit perspectief dan ook maar kort mogen zijn wil het kind geen schade ondervinden.<sup>43</sup> Een kind in de leeftijd van zes tot twaalf jaar dat in een pleeggezin is geplaatst, heeft al een gehechtheidsrelatie opgebouwd met zijn ouders en kan het beeld van zijn ouders langer vasthouden, ook als hij niet bij zijn ouders woont. In deze leeftijdsperiode kan het kind langer zonder opvoedingsrelatie met zijn ouders leven. Een periode van maximaal één tot anderhalf jaar wordt wel genoemd. Minderjarigen vanaf twaalf jaar zijn meer gericht op het losmaken van hun ouders en op het zelfstandig worden. Zij zullen bij een pleeggezinplaatsing minder snel nieuwe bindingen willen aangaan met pleegouders.

---

39 Zie o.a. Weterings, *Pleegzorg in balans* (1996), rapport cie. Weterings I (1999) en Versteeg en Weterings (2000). Zie over het dilemma tussen loyaliteit of hechting o.a. Haans (2000), thema 7.

40 Van IJzendoorn/Tavecchio/Goossens/Vergeer (1982), par. 5.4; zie ook par. 5.5 en 5.6 voor kritiek op deze visie.

41 Weterings, *Pleegzorg in balans* (1996), rapport cie. Weterings I (1999) en Versteeg en Weterings (2000).

42 Overigens betekent het bestaan van een affectieve band niet noodzakelijk dat sprake is van gehechtheid van het kind aan pleegouders. De aanname van een gehechtheidsrelatie tussen pleegkind en pleegouders kan nog niet wetenschappelijk worden onderbouwd, omdat er nog geen onderzoek is verricht dat betrouwbare antwoorden levert op de vraag wanneer een kind wel of niet aan pleegouders (of ouders) is gehecht; zie Schuengel (2000), p. 18.

43 Weterings noemt als maximale termijn een periode van zes maanden (zie o.a. cie. Weterings I [1999], p. 25).

### 7.3.3 Hechting en wetsvoorstel herziening OTS

De NVVR wijst in haar commentaar op het concept-wetsvoorstel herziening OTS in 1992 naar aanleiding van het verdwijnen van de tweejaarstermijn voor UHP op het belang van hechting voor jonge kinderen, waarbij de bovenbesproken theorie wordt aangehaald. *“De NVVR wijst op een werkafpraak tussen kinderrechters die ertoe leidt, dat ten aanzien van kinderen tussen nul en zes jaar aan ouders binnen een half jaar tot een jaar nadat het kind uit huis geplaatst is, een kans tot terugplaatsing wordt geboden. Slaagt deze poging niet, dan dient... juridisch duidelijk te zijn dat de ouders in beginsel hun verzorgende taak niet meer op zich zullen nemen. Deze werkafpraak is gebaseerd op de beleidslijn dat, hoe jonger het kind is, des te eerder duidelijk moet zijn wie langdurig voor het kind als verzorgende ouder zal functioneren, dit vooral in verband met de gewenste wederzijdse hechting van kinderen en verzorgers. Deze beleidslijn moet naar de mening van de NVVR kunnen worden voortgezet ook bij afschaffing van de tweejaarstermijn.”*<sup>44</sup>

De staatssecretaris geeft een reactie vol belofte: *“voor zover de NVVR wijst op de noodzaak van een goede samenhang tussen ontheffing en OTS, meer in het bijzonder met het oog op jonge kinderen, kan ik deze noodzaak geheel onderschrijven. In dat verband zal door mij nader worden gezien of de maatregel van ontheffing van het gezag, gelet op de gegroeide praktijk van langdurige uithuisplaatsingen in het kader van een OTS en met het oog op de belangen van zeer jonge kinderen, aanpassing behoeft. Daarbij zal tevens worden gezien of en hoe de regeling van het blokkaderecht van pleegouders moet worden uitgebreid tot de OTS. In afwachting van de uitkomsten hiervan zijn voorstellen tot wijziging van het blokkaderecht en de ontheffingsgronden, in afwijking van de aanvankelijke concepttekst, in dit wetsvoorstel niet opgenomen.”*<sup>45</sup> Tot op heden is naar mijn weten vanuit het Ministerie van Justitie geen nadere actie ondernomen om te bezien of het blokkaderecht van pleegouders moet worden uitgebreid en de ontheffingsgronden moeten worden aangepast.

Inmiddels is in de literatuur wel opnieuw aandacht gevraagd voor de bijzondere situatie van jonge kinderen die met een OTS en machtiging UHP in een pleeggezin zijn geplaatst. Zo heeft bijvoorbeeld de commissie Weterings I in haar rapport ‘Pedagogische Criteria Jeugdbescherming’ in 1999 het voorstel gedaan om de grond tot ontheffing uit te breiden met een formulering ten behoeve van de bescherming van de belangen van het kind, namelijk: *“ontheffing van de ouder om daarmee een voorwaarde te scheppen voor het doen ontstaan en behouden van een hechtings- en opvoedingsrelatie van het kind met een pleegouder.”*<sup>46</sup> De grond voor ontheffing wordt op deze manier geformuleerd vanuit het belang van het kind en niet langer vanuit het gedrag van de ouder die als het ware wordt gediskwalificeerd als ‘ongeschikt en onmachtig’ tot verzorging en opvoeding van het kind. Ook in het Trilliumrapport ‘Pleegzorg met

44 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 18.

45 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 18-19.

46 Zie rapport cie. Weterings I (1999), p. 35-36. De commissie Weterings is ingesteld naar aanleiding van de studiedag ‘OTS of ontheffing’, gehouden in oktober en december 1997. Zie over deze problematiek ook Bloemberg en Blankespoor (1998) en Bruning (1998).

Visie<sup>47</sup> wordt er op gewezen dat de onduidelijkheid over de wettelijke ruimte om voor langdurige pleeggezinsituaties tussen een OTS en ontheffing te kiezen “voor pleegouders en pleegkind kan resulteren in een jarenlange onzekere ambivalente situatie die de opvoeding binnen het pleeggezin extra belast.” Er is dan ook sprake van een “chronisch bedreigde continuïteit en daardoor ondermijning van de stabiliteit” van de pleeggezinsituatie.<sup>48</sup>

In beide rapporten wordt onderscheid gemaakt tussen een tijdelijke pleeggezinplaatsing, waarbij het van belang is dat intensieve hulp wordt geboden om de UHP zo kort mogelijk te laten duren, en een meer permanente pleeggezinplaatsing, waarbij het pleegkind met de pleegouders een gehechtheidsrelatie zal opbouwen. De verschillende typen plaatsingen worden ook wel naar het Visiedocument Pleegzorg pleegzorg als module in een zorgprogramma respectievelijk pleegzorg als opvoedingsarrangement genoemd.<sup>49</sup> Voor het eerste type plaatsing is een kort durende intensieve begeleiding van belang, zodat het kind zo kort mogelijk bij ouders wordt weggehaald en de problemen in de gezinssituatie zo snel mogelijk kunnen worden opgelost, waarna het kind weer door de ouders kan worden opgevoed. Hoe jonger het kind, hoe korter de tijdelijke UHP mag duren in verband met het hechtingsproces. Als duidelijk is dat de pleeggezinplaatsing een meer permanent karakter heeft, omdat het kind niet op korte termijn door de ouders kan worden opgevoed, is het volgens deze rapporten van belang dat het pedagogische gezag van pleegouders wordt versterkt en bevestigd door juridische zeggenschap. Dit betekent in juridische zin dat ouders moeten worden ontheven van het gezag (wat uitdrukkelijk niet inhoudt dat het belang van de emotionele betrokkenheid van de ouders ook wegvalt), waarna het gezag wordt overgedragen aan de pleegouders. Een OTS met UHP zou dan ook niet te vaak mogen worden verlengd en een ontheffing zou moeten worden uitgesproken zodra duidelijk is dat de pleeggezinplaatsing een meer permanent karakter heeft. Deze visie wordt in de huidige rechtspraktijk nog lang niet algemeen gedragen. Het laten vervallen van de maximale tweejaarstermijn voor UHP bij een OTS geeft eerder het vermoeden dat een OTS met UHP vaker wordt verlengd en dat minder snel de stap van een OTS naar een (gedwongen) ontheffing wordt gemaakt. Dit vermoeden wordt deels bevestigd bij bestudering van de jurisprudentie.

#### 7.3.4 Jurisprudentie OTS en ontheffing

Zoals al eerder is gesteld, wordt het bij langdurige pleeggezinplaatsingen van jonge kinderen met een OTS en UHP steeds moeilijker om aan de doelstelling van OTS, te weten het aan ouders zoveel mogelijk verantwoordelijkheid laten behouden over hun kind en het werken aan een terugplaatsing van het kind, te voldoen. Hoewel de maximale termijn van twee jaar voor een UHP bij een OTS uit de wet is verdwenen, blijft het in deze situatie dan ook noodzakelijk om een duidelijke keuze te maken tussen een OTS en een ontheffing. Het gaat hierbij in

---

47 Het Trilliumrapport ‘Pleegzorg met Visie – Juridische haken en ogen’ is geschreven door Punselie in opdracht van de Landelijke Stuurgroep Pleegzorg en bouwt voort op het rapport ‘Visiedocument Pleegzorg’, in 1999 opgesteld door Hermanns en Horn. Trillium is de verkorte naam van het project ‘Innovatie en Kwaliteitsverbetering Pleegzorg 1998-2001’, dat inhoud wordt gegeven door de Landelijke Stuurgroep Pleegzorg (ingesteld door de staatssecretarissen van VWS en Justitie). Het project Trillium is ondergebracht bij de werkgemersorganisatie VOG.

48 Pleegzorg met Visie (2000), p. 19-20.

49 Visiedocument Pleegzorg (1999).

feite om twee keuzes: de eerste keuze tussen OTS en ontheffing dient te worden gemaakt door de RvdK bij het indienen van een eerste verzoek tot een maatregel van kindbescherming aan de kinderrechter. Als direct duidelijk is dat de ouders geruime tijd geen verantwoordelijkheid kunnen behouden voor de opvoeding van hun kind en het kind binnen korte termijn niet terug kan naar huis, dient vanuit juridisch perspectief de keuze gemaakt te worden voor een ontheffing.

Hierbij speelt echter nog wel een probleem. Als ouders het niet eens zijn met een ontheffing, kan deze slechts worden uitgesproken als aan één van de gronden voor gedwongen ontheffing is voldaan. Als geen sprake is van een geestelijke stoornis van de ouder, een vrijwillige pleeggezinplaatsing die langer dan een jaar heeft geduurd, of een ontzetting van de andere ouder, blijft als enige grond over dat na een OTS van zes maanden of na een UHP van anderhalf jaar blijkt, dat deze maatregel door de ongeschiktheid en onmacht van de ouder onvoldoende is om de belangen van de minderjarige te beschermen (art. 1:268 lid 2 sub a BW). In dat geval dient dus eerst een OTS (met eventueel een UHP) te zijn uitgesproken. Het kan dan ook voorkomen dat, hoewel een ontheffing de meest geëigende maatregel lijkt, eerst gepoogd moet worden met de lichte maatregel van OTS de dreiging van de belangen van de minderjarige af te wenden.

De tweede keuze tussen OTS en ontheffing dient te worden gemaakt als een minderjarige al enige tijd onder toezicht is gesteld en met een machtiging UHP elders woont. Hierbij is het de vraag wanneer een OTS met UHP nog zou moeten doorlopen met een jaarlijkse verlenging en wanneer een verzoek tot (gedwongen) ontheffing zou moeten worden ingediend. Hoewel vanuit bovengenoemde visie op het hechtingsproces van kinderen duidelijk is geworden dat voor jonge kinderen na zes maanden tot anderhalf jaar duidelijk moet zijn waar het kind blijft wonen, zodat het zich kan hechten aan de verzorger en deze gehechtheidsrelatie niet wordt verbroken, heeft de Hoge Raad een tegengesteld beleid ontwikkeld: zolang ouders akkoord gaan met de UHP van hun kind, is er niet voldoende grond om ouders te ontheffen van het gezag.

De Hoge Raad beslist in 1987 over een verzoek tot ontheffing van een vader met gezag die instemt met de voortdurend van de pleeggezinplaatsing van zijn kind, dat al twee jaar met een OTS en UHP in een pleeggezin woont.<sup>50</sup> In casu waren de uitzonderingsgronden op de tweejaarstermijn voor UHP bij een OTS niet van toepassing en had de RvdK daarom tot een gedwongen ontheffing verzocht, zodat de pleeggezinplaatsing kon voortduren. Het Gerechtshof besliste echter dat niet kon worden geoordeeld dat de vader ongeschikt of onmachtig was zijn plicht tot verzorging en opvoeding van zijn kind te vervullen, aangezien de vader de noodzaak inzag van de pleeggezinplaatsing. De Hoge Raad oordeelt dat indien een ouder bereid is om zijn kind elders te doen opvoeden, er niet voldoende grond bestaat om een gedwongen ontheffing uit te spreken. Er is volgens de Hoge Raad dan namelijk niet voldaan aan het vereiste van art. 1:268 sub 2a BW dat de maatregel van OTS onvoldoende is vanwege de ongeschiktheid of onmacht van de vader. Hiermee wordt de regeling van een maximale termijn van twee jaar voor een UHP (tenzij aan één van de uitzonderingsgronden is voldaan), zoals die toen nog gold, in feite al voor een belangrijk deel beperkt. Als ouders na twee jaar akkoord gaan met een continuering van de UHP van hun kind dat onder toezicht is gesteld, mag volgens de Hoge Raad geen ontheffing worden uitgesproken en zal een OTS en UHP met een jaarlijkse

---

50 HR 13 november 1987, NJ 1988, 466.

verlenging blijven doorlopen. In 1988 bevestigt de Hoge Raad dit uitgangspunt nogmaals in een zaak waar een minderjarige met een OTS en UHP in een therapeutisch gezinshuis is geplaatst met goedvinden van de ouders, die zich verweeren tegen een ontheffing omdat de plaatsing met de veel minder ingrijpende maatregel van OTS kon voortduren.<sup>51</sup> Ook in latere uitspraken houdt de Hoge Raad vast aan de regel dat, indien de tweejaarstermijn van OTS met UHP is verlopen, niet aan één van de uitzonderingsgronden voor de maximale tweejaarstermijn van UHP is voldaan en ouders instemmen met de verzorging en opvoeding van hun kind elders, er niet voldoende grond is om een gedwongen ontheffing uit te spreken. De bereidverklaring van ouders tot verzorging van hun kind moet wel voldoende duurzaam, niet ambivalent en niet tijdelijk zijn.<sup>52</sup>

De wetswijziging van de OTS in 1995 leidt ertoe dat aan de rechter meer vrijheid wordt gegeven om per geval te beoordelen of er voldoende grond is om tot een ontheffing over te gaan. De tweejaarstermijn voor UHP met een OTS verdwijnt namelijk uit de wet, dus hoeft er geen oplossing meer te worden gevonden voor situaties waarin een OTS met UHP na twee jaar met goedvinden van ouders kan doorlopen en een ontheffing een te ingrijpende maatregel zou zijn. Er wordt nu in de lagere rechtspraak herhaaldelijk gewezen op het belang van een duidelijk onderscheid tussen OTS en ontheffing. Zo oordeelt de Rechtbank Utrecht dat *“de maatregel van de OTS, die er op gericht is de met het gezag belaste ouder zoveel mogelijk de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van het kind te doen behouden, niet wettelijk kan dienen om een UHP van jaar tot jaar te bestendigen wanneer er niet meer wordt gewerkt aan thuisplaatsing.”*<sup>53</sup> In een andere zaak wijst de Rechtbank Utrecht op het belang van het gezinsleven tussen pleegouders en pleegkind bij een OTS: *“bij de beoordeling van het verlengingsverzoek moet niet alleen worden beoordeeld of de gronden voor OTS nog aanwezig zijn... de rechter moet zich er ook rekenschap van geven of nog aan de doelstelling van de maatregel wordt gewerkt... een jaarlijkse beoordeling door de rechter of D bij zijn pleegouders moet blijven, doet onvoldoende recht aan zijn behoefte aan zekerheid en aan het recht van pleegouders op respect voor hun gezinsleven met D.”*<sup>54</sup> Telkens wordt verwezen naar het ontbreken van perspectief op terugplaatsing van het kind naar ouders, waardoor de doelstelling van OTS niet meer kan worden uitgevoerd. De Rechtbank te 's-Hertogenbosch formuleert het belang van een ontheffing in deze situaties als volgt: *“Onzekerheid voor de kinderen over hun toekomstperspectief- en verwachtingen ten aanzien van een terugkeer naar moeder- werken belemmerend voor de weg die zij nog moeten bewandelen voor een gezonde en evenwichtige ontwikkeling. Het is te voorzien dat bij jaarlijkse behandeling van de verlenging van de OTS en machtiging tot UHP zich telkens opnieuw spanningen en onzekerheden zullen voordoen. De hechting en ingroei van de kinderen in hun leefsituatie kan hierdoor geblokkeerd worden, hetgeen het belang van de minderjarigen zal schaden. Deze spanningen kunnen voorkomen worden door de maatregel van ontheffing uit te spreken.”*<sup>55</sup>

---

51 HR 13 mei 1988, NJ 1989, 396.

52 HR 15 juni 1990, NJ 1990, 631; HR 15 juni 1990, NJ 1990, 632; HR 8 mei 1992, NJ 1992, 498.

53 Rb. Utrecht 20 november 1996, NJ 1997, 180.

54 Rb. Utrecht 26 maart 1997, NJ 1999, 462.

55 Rb. 's-Hertogenbosch 21 december 1998; zie voor deze uitspraak en voor soortgelijke uitspraken (ook van de Gerechtshoven Arnhem, Leeuwarden en Den Bosch) rapport cie. Weterings I (1999), bijlage I.

De Hoge Raad houdt desondanks vast aan zijn uitgangspunt dat een ontheffing niet kan worden uitgesproken als ouders bereid zijn hun kind elders te doen opvoeden, ook al is het juridisch niet meer nodig voor het continueren van een UHP van een minderjarige om na twee jaar een OTS met UHP om te zetten in een (gedwongen) ontheffing. In 1997 doet de Hoge Raad uitspraak in een zaak waarbij twee oudere minderjarigen niets meer van hun vader te verwachten hadden en geen enkel contact meer met hem wensten.<sup>56</sup> Zij waren sinds de dood van hun moeder, waarvoor de vader strafrechtelijk veroordeeld was, onder toezicht gesteld en woonden met een machtiging UHP al geruime tijd in een pleeggezin. Ook in deze zaak oordeelt de Hoge Raad dat vader bereid was zijn kinderen in het pleeggezin te laten wonen en hij daarom niet van het ouderlijk gezag ontheven kon worden. Commentaar op deze uitspraak geeft weer hoe controversieel de beslissing was die ertoe geleid heeft dat de vader het gezag heeft behouden over zijn kinderen die nu juist niets meer met hem te maken wilden hebben omdat hij hun moeder heeft vermoord.<sup>57</sup>

In een recente uitspraak van 7 april 2000 lijkt de Hoge Raad een voorzichtige koerswijziging voor te staan met betrekking tot zijn vaste uitgangspunt dat een gedwongen ontheffing niet kan worden uitgesproken als de ouder instemt met de UHP bij een OTS.<sup>58</sup> Hoewel het nog te vroeg is om te beoordelen of de Hoge Raad nu daadwerkelijk 'om' is en bij de keuze tussen een langdurig doorlopende OTS met UHP of een gedwongen ontheffing voor de laatste maatregel kiest in het belang van het kind, lijkt er een opening aanwezig naar een beoordeling die meer gericht is op de behoeften van een kind bij de keuze tussen OTS en ontheffing. In deze zaak ging het om een zoontje dat al sinds zijn geboorte met een OTS en UHP in een pleeggezin was geplaatst omdat moeder vanwege psychische problemen niet in staat was voor hem te zorgen. Na ruim drie jaar verzoekt de RvdK een gedwongen ontheffing omdat er geen perspectief op terugplaatsing bij moeder is en een ongestoorde voortgezette hechting in het pleeggezin in het belang van het kind is. De Hoge Raad bekrachtigt de beschikking van het Gerechtshof tot ontheffing. Hoewel moeder had aangevoerd dat zij instemde met de UHP van haar kind, zodat volgens vaste jurisprudentie niet aan de grond voor gedwongen ontheffing was voldaan, heeft het Hof de bereidverklaring niet voldoende duurzaam geacht gezien het ontbreken van toekomstperspectief van zoon bij moeder thuis, het psychische verleden van moeder, haar verstandelijke handicap en haar houding ten opzichte van haar kind.<sup>59</sup> De Hoge Raad acht dit oordeel alleszins begrijpelijk en voldoende gemotiveerd. Overigens is A.-G. Moltmaker in deze zaak wel 'om'. Hij stelt voor dat *"in gevallen waarin redelijkerwijs voor terugplaatsing naar de ouder geen redelijk perspectief bestaat (hetgeen de rechter dan met inachtneming van de gegeven omstandigheden feitelijk moet vaststellen), een bestendige en stabiele bereidheid van de ouder om het kind in het pleeggezin te laten op zichzelf niet voldoende is om de ontheffing tegen te houden, maar dat het belang van het kind uitdrukkelijk in de afweging wordt betrokken en dat de beslissing van de rechter van die afweging blijk*

---

56 HR 25 april 1997, NJ 1997, 596.

57 Zie bijv. De Boer in zijn annotatie bij dit arrest, Doek, Personen- en Familierecht (losbl.), art. 268, aant. 5 en Bruning (1998), p. 112.

58 HR 7 april 2000, NJ 2000, 563.

59 Het Hof heeft waarschijnlijk, gezien het eerder besproken arrest uit 1997, op 'safe' gespeeld door het toewijzen van het verzoek tot ontheffing te koppelen aan het ontbreken van een voldoende duurzame bereidheid van de moeder tot UHP; zie hierover Bruning (FJR, 2000).



geeft.”<sup>60</sup> In zijn voorstel zou pas onvoldoende grond tot ontheffing zijn als de ouder een stabiele bereidheid heeft om het kind in het pleeggezin te laten opgroeien en als het langdurig doorlopen van de OTS in het belang van het kind is. Op deze wijze kan het belang van het kind op een ongestoorde hechting in het pleeggezin worden meegewogen bij de beoordeling of aan de grond voor ontheffing is voldaan. Hiermee verschuift ook het accent dat in bovenbesproken jurisprudentie van de Hoge Raad is gelegd van het gedrag van ouders naar het belang van het kind bij het wel of niet uitspreken van een ontheffing.

### 7.3.5 Conclusie verschil tussen OTS en ontheffing

De vaste jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de grond voor gedwongen ontheffing heeft ertoe geleid dat de doelstelling van de OTS onduidelijker is geworden. Het primaat van het tijdelijke karakter van de OTS is daarmee veranderd en het principe dat zoveel mogelijk met de meest lichte gedwongen maatregel (de OTS) moet worden ingegrepen in het gezin is het uitgangspunt geworden. Zolang ouders instemmen met een UHP van hun kind met een OTS en deze instemming niet tijdelijk en voldoende duurzaam is, is volgens de Hoge Raad niet voldoende grond aanwezig om de maatregel van gedwongen ontheffing op te leggen, omdat een OTS in deze gevallen volstaat. Hoewel dit standpunt nog begrijpelijk was in de situatie tot 1995, waar een UHP bij een OTS maximaal twee jaar kon voortduren en daarna in principe moest worden overgegaan tot gedwongen ontheffing om de gedwongen UHP te continueren (tenzij aan één van de uitzonderingsgronden op de tweejaarstermijn was voldaan of de UHP vrijwillig kon voortduren), is dit in de huidige regeling naar mijn mening een te rigide opvatting.

In de oude situatie kon het namelijk in een concreet geval voorkomen dat een gedwongen ontheffing een te zware maatregel was als alle partijen aan een OTS met UHP meewerkten en het kind bijvoorbeeld bijna meerderjarig was of op korte termijn weer naar huis toe kon. Toen de Hoge Raad deze wettelijke situatie voor ogen had bij het formuleren van de vaste regel dat bij bereidverklaring van ouders tot UHP van hun kind niet voldoende grond was voor een ontheffing, viel dit nog te rechtvaardigen. In de huidige situatie is er echter geen reden meer om een OTS met UHP langdurig te laten voortduren en geen ontheffing uit te spreken om zodoende de min of meer ‘verplichte’ ontheffing na twee jaar OTS met UHP te omzeilen, aangezien de tweejaarstermijn voor UHP niet langer geldt.

Als niet meer aan de doelstelling van OTS zoals deze in de wet is geformuleerd wordt gewerkt, omdat duidelijk is dat een kind elders zal opgroeien, dient de meest passende maatregel voor deze situatie te worden uitgesproken. In de huidige wetgeving is dit de (gedwongen) ontheffing. Omdat de grond voor ontheffing de ‘ongeschiktheid of onmachtigheid’ van ouders is, valt goed te verklaren waarom het ouders zwaar valt in te stemmen met een ontheffing. Zij voelen een ontheffing vaak als ‘schande’ en zien daarom liever dat een OTS, met als grond de bedreiging van het kind, blijft voortduren.

Pas heel recent lijkt het uitgangspunt van de Hoge Raad enigszins te worden bijgesteld en lijkt het belang van het kind op een ongestoorde hechting in een

---

60 Onder 2.7 van de conclusie van de A.-G. bij dit arrest. De Boer stelt in zijn annotatie bij dit arrest dat de gangbare uitleg van de jurisprudentie van de HR niet juist is en dat een stabiele bereidheid van de ouder niet noodzakelijkerwijs tot afwijzing van een verzoek tot ontheffing moet leiden.

pleeggezin mee te gaan spelen bij de beoordeling of aan de grond voor gedwongen ontheffing is voldaan als ouders instemmen met een voortduren van de OTS met UHP. Hieruit blijkt dat het belang van een kind tot hechting, in het bijzonder de hechting van jonge kinderen bij pleeggezinplaatsingen, waardering krijgt. De discussie over de vraag wanneer een OTS nog moet voortduren en wanneer een (gedwongen) ontheffing moet volgen, omvat impliciet de vraag naar een verduidelijking van de doelstelling van de OTS en de ontheffing. Zolang dat niet helder is, zal er tussen de verschillende actoren geen eenstemmigheid kunnen worden bereikt over de toepassing van de maatregelen van kinderbescherming. Vooral waar het gaat om jonge kinderen die met een OTS en UHP al geruime tijd in een pleeggezin zijn geplaatst, dient wettelijk meer duidelijkheid te komen om de belangen van het kind te kunnen beschermen.

Hoewel de wetgever tot op heden geen initiatieven heeft ontplooid om de positie van een jong pleegkind en pleegouders bij een OTS te versterken en bovendien de tweejaarstermijn voor UHP in het kader van een OTS heeft laten vervallen, is in de parlementaire stukken bij de huidige OTS-wetgeving in elk geval toegezegd in de toekomst aandacht te besteden aan de problematiek van langdurige pleeggezinplaatsingen van jonge kinderen met een OTS en UHP. Ook de Hoge Raad lijkt voorzichtig een stap te zetten in de richting van meer waardering voor de hechtingsproblematiek van jonge kinderen bij een OTS en UHP. Het is dan nu zaak om daden bij woorden te voegen en duidelijke keuzes in de wetgeving te maken.

## 7.4 Doelstelling van ontneming gezag

### 7.4.1 Algemeen

Het belangrijkste verschil tussen de doelstelling bij een OTS en bij een ontneming van het gezag betreft het uitgangspunt dat bij een OTS de ouders zoveel mogelijk verantwoordelijkheid en zeggenschap houden over de verzorging en opvoeding van de minderjarige. Als een OTS samengaat met een UHP moet zoveel mogelijk worden gewerkt aan een terugplaatsing van het kind naar de ouders, terwijl een gezagsontneming beoogt de juridische zeggenschap bij ouders weg te halen en te leggen bij een voogdij-instelling of derden die met de voogdij worden belast, zoals pleegouders, om de verdere verzorging en opvoeding door anderen dan de ouders veilig te stellen. Beide gezagsontnemende kinderbeschermingsmaatregelen leiden ertoe dat de ouders juridisch gezien geen rol meer spelen in de verzorging en opvoeding van de minderjarige. Zowel de (gedwongen) ontheffing als de ontzetting hebben als rechtsgevolg dat ouders bijvoorbeeld niet meer verantwoordelijk zijn voor het bepalen van de verblijfplaats van hun kind, de schoolkeuze, of, indien nodig, voor het verlenen van toestemming voor medisch handelen. Verder leidt een ontneming van het ouderlijk gezag ertoe dat de ouders niet langer het bewind voeren over het vermogen van de minderjarige en dat zij de minderjarige niet langer vertegenwoordigen in overige burgerlijke handelingen. Dit betekent niet dat ouders niet meer worden betrokken bij de verzorging en opvoeding. Integendeel: de voogdij-instelling dient het contact tussen de minderjarige en zijn oorspronkelijk milieu (voor zover mogelijk) te bevorderen en moet rekening houden met het belang dat voor

de minderjarige kan zijn gelegen in een overgang van het gezag naar de ouders.<sup>61</sup>

Het belangrijkste verschil tussen de beide ontnemingsmaatregelen is, zoals al eerder is beschreven, dat een ontzetting van oudsher een ontarend karakter heeft voor ouders, wat ook blijkt uit de gronden voor het opleggen van een ontzetting,<sup>62</sup> terwijl een ontheffing geen bestraffend karakter heeft, al sluit dit niet uit dat ouders dat wel zo ervaren. De ontzetting omvat min of meer een punitief element en een impliciete doelstelling van de ontzetting is dan ook van oudsher eigenlijk een vorm 'bestrafing' van ouders vanwege hun onwil en moedwillig plichtsverzuim bij de verzorging en opvoeding van hun kind. Een illustratie hiervan is de ontneming van het passief en actief kiesrecht na ontzetting, een regeling die maar liefst tot 1984 gold voor ouders die uit het gezag waren ontzet.<sup>63</sup> Dit verklaart ook waarom het niet opvolgen van een schriftelijke aanwijzing of het belemmeren van een UHP in het kader van een OTS als gronden zijn toegevoegd aan de ontzettingsmaatregel en niet aan de gronden voor gedwongen ontheffing. Deze gronden impliceren namelijk een vorm van 'schuld' van ouders; het ouderlijk gedrag is de maatstaf voor het opleggen van de ontzetting. Alle gronden voor ontzetting vereisen een bepaalde gedragsintentie van ouders, terwijl de gronden voor ontheffing nu juist niet op bewuste gedragingen van ouders zijn gericht.<sup>64</sup>

Voor de ontheffingsmaatregel geldt dat er geen sprake is van ouderlijke onwil en verwijt. Een ontheffing kan met toestemming van ouders worden uitgesproken als deze ongeschikt of onmachtig zijn om hun plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen. Een ontheffing kan zonder toestemming van ouders worden uitgesproken als aan één van de gronden voor gedwongen ontheffing is voldaan. Hoewel het uitgangspunt bij ontzetting lijkt te zijn dat het ouderlijk gezag een recht is van ouders dat kan worden ontnomen indien sprake is van verwijtbaar gedrag van de ouder, wordt bij de ontheffing juist gesproken over de '*plicht tot verzorging en opvoeding*' van de ouder. De doelstelling is dan ook, zonder enige koppeling aan verwijtbaar gedrag, het gezag te ontnemen om het daar te leggen waar het wordt uitgeoefend, zodat de verzorging en opvoeding van de minderjarige kan worden gewaarborgd. Meestal wordt de voogdij (het gezag dat wordt uitgeoefend door anderen dan de ouders) bij een voogdij-instelling gelegd en soms bij andere derden, zoals pleegouders. De ontheffing heeft juridisch gezien geen bestraffend element en beoogd wordt enkel om het gezag weg te halen waar het niet wordt uitgeoefend of niet kan worden uitgeoefend, ongeacht de reden hiervoor, en het gezag over te dragen om het zo ook meer inhoud te kunnen geven. Daarbij zal het meestal gaan om een minderjarige die niet of niet meer bij de ouders woont en opgroeit. De gezagsontneming kan de UHP van de minderjarige veilig stellen in de zin dat de ouders niet langer kunnen beslissen over de verblijfplaats van hun kind. Hoewel dit niet met zoveel woorden in de wet staat, lijkt de (gedwongen) gezagsontneming vanwege het uitspreken van een ontheffingsmaatregel slechts een functioneel karakter te hebben, in tegenstelling tot de ontzetting die ook een moraliserend karakter

---

61 Art. 13 Besluit kwaliteitsregels en taken voogdij- en gezinsvoogdij-instellingen.

62 Zie cie. Wiarda (1971), p. 159 en Van Wamelen (1998).

63 Art. 90 (oud) Gw.; zie art. 54 Gw.

64 Vergelijk de discussie over de vraag of ontzetting kan worden uitgesproken bij objectieve of subjectieve verwaarlozing (zie hfst. 2), waaruit dit onderscheid tussen ontheffing en ontzetting duidelijk blijkt.

heeft. Hiermee zou ook het uitgangspunt kunnen worden verklaard dat de ontheffing oorspronkelijk niet bij verzet van ouders kon worden uitgesproken; anders zou er naar ouders toe een beschuldigend element schuilen in de ontheftingsmaatregel.

Omdat niet altijd sprake is van verwijtbaar gedrag van ouders, maar het ook voorkomt dat ouders niet instemmen met een ontheffing hoewel zij geen prominente rol meer spelen in de verzorging en opvoeding van hun kind en het gezag daarom functioneel gezien beter bij anderen kan worden gelegd, is de ontheftingsmaatregel sinds 1947 ook mogelijk bij verzet van ouders. De gedwongen ontheffing kan alleen worden opgelegd als aan één van de gronden uit art. 1:268 lid 2 BW is voldaan. Zodoende is er een oplossing gevonden voor een gezagsoverdracht zonder goedvinden van ouders. Dit heeft er waarschijnlijk toe geleid dat de gedwongen ontheffing door ouders vaak toch als een soort 'schande' wordt ervaren; hoewel hen niets kan worden verweten, is het met het oog op het belang van het kind toch noodzakelijk om hen het ouderlijk gezag te ontnemen en dit aan anderen over te dragen. Juist omdat niet hoeft te worden bewezen dat het gedrag van ouders de oorzaak is van de noodzaak tot ontheffing, terwijl het ouderlijk gezag (dat door ouders als recht wordt ervaren) wordt ontnomen en de grond voor ontheffing '*ongeschiktheid en onmacht*' is, zullen ouders dit veelal als extra inbreuk op hun gezinsleven ervaren. In feite heeft de ontheffing dan ook twee gezichten: enerzijds het functionele middel om tot gezagsoverdracht te komen in situaties waar ouders feitelijk niet in staat zijn om het gezag uit te oefenen, en anderzijds als moraliserende en paternalistische overheidsinbreuk op het recht van ouders om het gezag uit te oefenen over hun kind. Omdat als alternatief een maatregel van OTS en UHP met jaarlijkse verlenging bestaat waarbij het ouderlijk gezag niet wordt ontnomen, wordt dit laatste aspect nog benadrukt. Deze problematiek is eerder al aangekaart bij de bespreking van de keuze tussen een jaarlijks te verlengen OTS met UHP of een gedwongen ontheffing.

#### 7.4.2 *Afstand ouderrechten en draagmoederschap*

Er is nog een factor die het hierboven genoemde 'tweede gezicht' van de ontheffing benadrukt. Dit betreft het feit dat een ouder niet zelf om een ontheffing kan verzoeken. Een ontheffing kan op grond van art. 1:267 lid 1 BW slechts worden uitgesproken op verzoek van de RvdK of op vordering van het OM. Pleegouders kunnen op grond van art. 1:267 lid 2 BW een gedwongen ontheffing verzoeken als zij een geslaagd beroep op hun blokkaderecht hebben gedaan. Hoewel het oorspronkelijk ontwerp dat geleid heeft tot de Kinderwetten uit 1901 de ontheffing slechts toeliet op verzoek van de ouders, ondervond dit zoveel tegenstand vanuit de Tweede Kamer dat uiteindelijk is gekozen voor de regeling zoals deze nog steeds geldt, namelijk dat de RvdK en het OM kunnen verzoeken respectievelijk vorderen tot een ontheffing. Gevreesd werd dat ouders zich te gemakkelijk van hun plicht tot verzorging en opvoeding van hun kind zouden kunnen bevrijden door zelf een verzoek tot ontheffing in te dienen. In 1978 is met de invoering van het blokkaderecht van pleegouders bij vrijwillige pleeggezinplaatsingen de pleegouder als verzoeker tot een ontheffing toegevoegd. Een verzoek tot ontzetting kan daarentegen op grond van art. 1:270 lid 1 BW ook door de andere ouder of door een van de bloed- of aanverwanten van de kinderen tot en met de vierde graad worden verzocht.

In de jaren zeventig laait de discussie op over de vraag of een ouder afstand zou moeten kunnen doen van zijn ouderrechten, waarna een kind ter adoptie kon worden afgestaan. De commissie Wiarda signaleert dat zich met name ten aanzien van de ongehuwde moeder een praktijk heeft ontwikkeld van het 'afstand doen van een kind' ter adoptie en stelt voor om de ouder die geen enkele bemoeienis meer wil hebben met het kind voortaan de mogelijkheid te geven een afstandsverklaring af te leggen tegenover de rechter, die hierover oordeelt.<sup>65</sup>

Naar aanleiding van dit voorstel wordt in 1976 het wetsvoorstel 'Afstand Ouderrechten' aangeboden aan de Tweede Kamer. Het oorspronkelijke wetsvoorstel geeft de moeder van een niet-erkend onwettig kind de mogelijkheid tot het doen van afstand van ouderrechten. Dit kan pas vanaf zes weken na de geboorte van het kind; pas na drie maanden na de indiening van het verzoek wordt de vrouw opgeroepen voor een zitting. Er is dus voorzien in een bedenktijd voor de moeder. Hoewel voor deze gevallen de ontheffingsmaatregel werd gebruikt<sup>66</sup>, stelt de minister van Justitie dat een verzoek van een moeder tot ontslag van de voogdij *"een meer neutrale -en reeds daarom verkieslijker- weg is dan de ontheffing, die thans wordt toegepast, doch overigens slechts mogelijk is op verzoek van de RvdK of op vordering van het OM."*<sup>67</sup> Hoewel de mogelijkheid tot het doen van afstand van ouderrechten in eerste instantie beperkt was tot de moeder van een niet-erkend onwettig kind, omdat het een ultimum remedium betreft en het bij adoptieplaatsingen bijna altijd gaat om kinderen van ongehuwde moeders, komt de minister hier later op terug. Naar aanleiding van een aantal kamervragen wordt de categorie van gerechtigden tot afstand van ouderrechten uitgebreid tot alle ouders die tot het kind in familierechtelijke betrekking staan, dus ook tot echtparen.<sup>68</sup>

In de Memorie van Antwoord bij het wetsvoorstel neemt de minister van Justitie nogmaals een duidelijk standpunt in ten opzichte van het gebruik van de ontheffing voor ouders die afstand willen doen van hun kind. *"De ontheffing is een maatregel die in beginsel niet erop is gericht de ouders blijvend het gezag te ontnemen. Te allen tijde is immers herstel in het gezag mogelijk. Ouders die thans afstand doen hebben in beginsel echter geen belang bij een te allen tijde bestaande mogelijkheid tot herstel in het gezag. Dat pleit dus tegen de thans wel gevolgde weg van ontheffing en voor de afstand van ouderrechten. Voorts meen ik dat de criteria voor de ontheffing, 'ongeschiktheid of onmacht', ook op een oneigenlijke wijze worden toegepast indien bij ouders op zich wel de feitelijke en pedagogische mogelijkheden aanwezig zijn tot verzorging en opvoeding van hun kind, maar zij niettemin van hun kind afstand willen doen, het niet willen verzorgen en opvoeden... een mogelijkheid tot het doen van afstand van ouderrechten... is dus in zekere zin meer passend dan de weg van vrijwillige ontheffing."*<sup>69</sup> De aanvaardbaarheid van de afstand van ouderrechten wordt ter toetsing voorgelegd aan de rechter, die in de eerste plaats zal oordelen vanuit de positie van het kind. *"Indien ouders hun kind niet of niet meer accepteren, zal het veelal in diens belang zijn dat afstand wordt gedaan."*<sup>70</sup> Zodoende wordt benadrukt dat de mogelijkheid tot het doen van afstand van ouderrechten door de kinder-

---

65 Cie. Wiarda (1971), hfst. VI, par. 4b.

66 Net zoals dit in de jaren twintig gebeurde; zie hfst. 3, par. 5.3.2.

67 Kamerstukken II, 1976-1977, 14 167, nr. 3 (MvT), p. 15.

68 Kamerstukken II, 1979-1980, 14 167, nr. 7, p. 2.

69 Kamerstukken II, 1979-1980, 14 167, nr. 7, p. 4-5.

70 Kamerstukken II, 1979-1980, 14 167, nr. 7, p. 5.

rechter wordt getoetst aan het belang van het kind. Zonder beslissing van aanvaarding van de afstandsverklaring door de kinderrechter kan een ouder geen afstand doen van het ouderlijk gezag (of voor ongehuwde ouders toen nog de voogdij). Het is dus niet zo dat een ouder zich gemakkelijk van zijn verplichtingen ten opzichte van zijn kind kan ontdoen.

Begin jaren negentig wordt het roer volledig omgegooid: het wetsvoorstel ‘Afstand Ouderrechten’ wordt in navolging van het College van Advies ingetrokken. Het College van Advies is na nadere overweging tot afwijzing van het voorstel gekomen, omdat een ontheffing van ouders voor een kind beter te aanvaarden zou zijn dan een afstand van ouderrechten door ouders en dit laatste ook het gevaar met zich meebrengt dat een kind uiteindelijk niet wordt geadopteerd, omdat het bijvoorbeeld gehandicapt is. De staatssecretaris stelt dat het belang van een wettelijke regeling van de afstand van ouderrechten onvoldoende is aangetoond; het zou om een zeer klein aantal gevallen gaan en uit de in de huidige afstandpraktijk opgedane ervaringen blijkt niet dat de behoefte bestaat om deze praktijk te formaliseren. *“Naar mijn mening geldt voor kinderen... dat een na ampele overweging genomen rechterlijke beslissing waarbij de oorspronkelijke ouder van de voogdij is ontheven, aanvaardbaarder is dan een verklaring waarbij vrijwillig van de ouderrechten afstand is gedaan... ik acht het onwenselijk dat door regelgeving zou worden bevorderd dat meer moeders de verantwoordelijkheid voor hun kind opgeven... het gevaar dat dat aantal moeders toeneemt bij invoering van de voorgestelde afstandsprocedure is reëel aanwezig.”*<sup>71</sup> Uit deze bevoogdende woorden blijkt dat de wetgever huiverig is om ouders de mogelijkheid te bieden om de verantwoordelijkheid voor hun kind op te geven, omdat dit zou stimuleren dat van de afstandsregeling gebruik wordt gemaakt. *“Formalisering van de afstandsprocedure zou in essentie neerkomen op een door de moeder ten overstaan van de rechter af te leggen verklaring. De procedure zou door de moeder zelf worden geïnitieerd. In de bestaande procedure speelt de wens van de moeder eveneens een rol. Het is echter de RvdK die om de ontheffing van de voogdij verzoekt. Naar mijn wens ligt hier een wezenlijk verschil.”*<sup>72</sup> Deze opvatting gaat lijnrecht in tegen de opvatting van de toenmalige minister van Justitie in 1979, die nu juist van mening was dat de ontheffing niet het juiste middel was om de afstand van ouderrechten te realiseren. Overigens wordt niet gesproken over een eventuele mogelijkheid voor ouders om, in plaats van de voorgestelde mogelijkheid tot het afstand doen van ouderrechten, zelf een verzoek tot ontheffing te kunnen indienen.

Een tweede reden, naast het ontmoedigen van het doen van afstand, om tot intrekking van het wetsvoorstel te komen, is om het verschijnsel draagmoederschap zo min mogelijk in de hand te werken. Ten tijde van het indienen van het wetsvoorstel was er nog geen discussie over draagmoederschap, maar inmiddels was deze discussie goed op gang gekomen en was er al een wetsvoorstel ingediend tot aanvulling van enige strafrechtelijke bepalingen strekkende tot het tegengaan van commercieel draagmoederschap.<sup>73</sup> Vanuit de politiek is besloten om alle maatregelen die draagmoederschap in de hand zouden kunnen werken achterwege te laten en het afstand doen van ouderrechten zou juist een dergelijke maatregel zijn. De grootst mogelijke terughoudendheid zou moeten worden betracht ten aanzien van het verschijnsel draagmoederschap. Het advies van de

71 *Kamerstukken II*, 1991-1992, 14 167, nr. 11, p. 3.

72 *Kamerstukken II*, 1991-1992, 14 167, nr. 15, p. 2.

73 *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21 968, nr. 3 (MvT).

Emancipatieraad van april 1989 om tot een regeling te komen waarbij in geval van draagmoederschap een bevredigende wijze van afstand doen mogelijk is, wordt dan ook uitdrukkelijk verworpen.

Enige jaren na de intrekking van de voorgestelde regeling tot het doen van afstand van ouderrechten wordt de discussie aangewakkerd omtrent de vraag of er een juridische regeling moet komen voor draagmoeders die hun kind aan wensouders willen afstaan. Dit gebeurt naar aanleiding van enkele verzoeken aan kinderrechtshouders tot ontheffing om zodoende het juridisch ouderschap van de draagmoeder bij de wensouders te kunnen leggen. De ontheffingsmaatregel is juridisch gezien de enige mogelijkheid om het wensouders vervolgens mogelijk te maken een verzoek tot toewijzing in het gezag over het kind geboren uit de draagmoeder mogelijk te maken. Enige kinderrechtshouders hebben veel moeite met het oneigenlijk gebruik van de ontheffingsmaatregel door te oordelen dat de draagmoeder ‘ongeschikt of onmachtig’ was om haar kind te verzorgen en op te voeden, te meer als het gaat om een draagmoeder die zelf enkele kinderen grootbrengt.<sup>74</sup> Een kinderrechtshouder te Utrecht oordeelt: *“voor het toepassen van de fictie van onmacht of ongeschiktheid zou alleen dan aanleiding zijn wanneer er een breed maatschappelijk draagvlak zou zijn voor draagmoederschap en voor een daarop aansluitende interpretatie van de wettelijke regels voor ontheffing en de wetgeving ten aanzien daarvan overduidelijk achter zou lopen. Dat zulks niet het geval is, is overtuigend gebleken bij de parlementaire behandeling van het strafbaar stellen van commercieel draagmoederschap. De rechtbank past derhalve terughoudendheid zolang zich maatschappelijk nog geen consensus aftekent.”*<sup>75</sup> Naar aanleiding van Kamervragen over deze problematiek laat de staatssecretaris van Justitie in 1995 weten geen noodzaak te zien om de wet op dit punt aan te passen.<sup>76</sup> In hoger beroep beslissen zowel het Gerechtshof Amsterdam als het Gerechtshof 's-Gravenhage dat een ontheffing bij draagmoederschap wél kan worden uitgesproken.<sup>77</sup> In aansluiting op de uitspraak van de Hoge Raad op 29 juni 1984<sup>78</sup> wordt geoordeeld dat het bij ‘ongeschiktheid of onmacht tot verzorging en opvoeding’ ook kan gaan om de ongeschiktheid en onmacht ten opzichte van een bepaald kind die kan zijn veroorzaakt of kan samenhangen met de bijzondere eigenschappen van dat kind of met de bijzondere omstandigheden waarin het zich bevindt ten tijde van het nemen van een beslissing tot ontheffing. Beide Hoven hanteren dan ook een ruime interpretatie van de begrippen ongeschiktheid en onmacht en spreken op verzoek van de RvdK een ontheffing uit van de draagmoeder.

De ruime interpretatie van de ontheffingsgrond die zowel door de wetgever als door de hogere rechters wordt voorgestaan, leidt tot toenemende onduidelijkheid over de doelstelling van ontheffing. Bij de problematiek omtrent de

---

74 Vergelijk de situatie kort na de inwerkingtreding van de Kinderwetten waarin de Voogdijraden de kinderrechtshouders probeerden te overreden om een ontheffing uit te spreken van een ouder wiens echtgenoot uit het gezag was ontzet, omdat anders de ontzetting geen effect had; de kinderrechtshouders wilden de grond voor ontheffing niet oneigenlijk gebruiken en wezen de verzoeken van de Voogdijraden dan ook af (zie hfst. 2).

75 Arr. Rb. Utrecht 18 juni 1997, NJ kort 1997, 59. Zie voor een soortelijke beslissing Rb. Rotterdam 26 april 1995, NJ 1995, 589. Zie ook Sutorius/Kersten (1997) en Kalkman-Bogerd (1998).

76 Zie NJB 1995, p. 575-576.

77 Gerechtshof Amsterdam 19 februari 1998, NJ kort 1998, 33 en Gerechtshof 's-Gravenhage 21 augustus 1998, NJ 1998, 865.

78 HR 29 juni 1984, NJ 1984, 767.

keuze tussen OTS en ontheffing is eerder gebleken dat het uitgangspunt van zowel de Hoge Raad als de wetgever is dat zo licht mogelijk moet worden ingegrepen en pas een gedwongen ontheffing kan worden uitgesproken als ouders niet bereid zijn de OTS met UHP te laten voortduren. De ontheffing wordt als het ware als ultimum remedium beschouwd en heeft een zware onderende lading gekregen. Het gebruik van de ontheffingsmaatregel om bij draagmoederschap het juridisch ouderschap van draagmoeder naar wensouders over te hevelen, lijkt nu juist een bevestiging van de functionele doelstelling om het juridisch gezag daar te leggen waar het wordt uitgeoefend zonder dat er sprake is van enig bevoogdend aspect bij de beoordeling of aan de ontheffingsgrond is voldaan.

Toch is er nog sprake van een bevoogdende houding van de wetgever ten opzichte van de draagmoeder die uit het gezag wordt ontheven: zij kan niet zelf een verzoek indienen tot ontheffing van het ouderlijk gezag. Omdat de ontheffing slechts kan worden verzocht door de RvdK en kan worden gevorderd door het OM, kunnen de draagmoeder en de wensouders slechts met medewerking van de RvdK of het OM bewerkstelligen dat een verzoek tot ontheffing wordt ingediend. Er is dan ook vanuit de literatuur herhaaldelijk gewezen op de noodzaak om deze regeling aan te passen en een meer eenvoudige regeling mogelijk te maken bij draagmoederschap, waarbij de moeder zelf initiatief kan nemen.<sup>79</sup> Zolang een rechtelijke toetsing voorgeschreven is, zal een ouder zich niet gemakkelijk van zijn verantwoordelijkheid ten opzichte van zijn kind kunnen ontdoen en geldt dit mijns inziens niet als argument tegen de mogelijkheid van een ouder om tot ontheffing te verzoeken. Gezien het zeer lage aantal gevallen van draagmoederschap waarbij een ontheffingsmaatregel wordt uitgesproken<sup>80</sup>, lijkt het niet waarschijnlijk dat een nieuwe regeling draagmoederschap zal stimuleren.

Tot op heden is het niet mogelijk om als ouder zelf een verzoek tot ontheffing van het ouderlijk gezag in te dienen. Dit wijst weer in tegengestelde richting van de ontnemingsmaatregel als functioneel middel om het gezag over te dragen aan verzorgers (bijvoorbeeld pleegouders) of hulpverleners (voogdij-instelling), waarbij door ouders altijd een verzoek tot herstel van het gezag kan worden gedaan. De onmogelijkheid om zelf een ontheffing te verzoeken leidt ertoe dat de bevoogdende lading van de ontheffing wordt vergroot. Door anderen wordt het initiatief genomen tot het indienen van een verzoek tot ontheffing en door een rechter wordt vervolgens beslist of het verzoek wordt toegewezen. Het is nog maar de vraag of deze paternalistische gedachte heden ten dage nog wel gerechtvaardigd kan worden. In elk geval hebben bovenstaande ontwikkelingen er niet toe geleid dat de doelstelling van de ontheffingsmaatregel is verduidelijkt. Integendeel, de beide gezichten van de gezagsontneming die zowel door de wetgever als de rechterlijke macht afwisselend voorop worden gesteld, enerzijds als functioneel middel tot gezagsoverdracht en anderzijds gericht op ouderlijk gedrag met een moraliserende lading en daardoor het gevoel van ouders te heb-

---

79 Bijv. ontkenning en erkenning van het moederschap, de overdracht van moederschap bij het doen van aangifte, het van rechtswege intreden van ouderschap van de (genetische) wensouders, het invoeren van een nieuwe gezagsregeling, het invoeren van de mogelijkheid tot het doen van afstand van ouderschap of ontslag van het gezag op verzoek van de ouder; zie o.a. Sutorius/Kersten (1997) en Doek (1997).

80 In 1994 ging het in Nederland slechts om zeven gevallen van ontheffing in verband met draagmoederschap; zie Sutorius/Kersten (1997), p. 1118.



ben gefaald, hebben de doelstelling van de gezagsontneming steeds meer vertroebeld.

## 7.5 Conclusie

De doelstellingen van enerzijds OTS en anderzijds de ontnemingsmaatregelen ontheffing en ontzetting zijn in de loop van de vorige eeuw steeds onduidelijker geworden. Hoewel de OTS oorspronkelijk is ingevoerd om een ontheffing of ontzetting tegen te gaan in situaties waar een ontneming van het gezag niet nodig was en de minderjarige thuis kon blijven wonen onder begeleiding van een gezinsvoogd, bleek al snel dat de OTS vaak werd toegepast in combinatie met een UHP van de minderjarige. De toenemende invloed van het EVRM vanaf het eind van de jaren zeventig en de toenemende individualisering van de samenleving kunnen genoemd worden als mogelijke oorzaken voor de groeiende aandacht voor de rechtspositie van burgers, vooral indien inbreuk wordt gemaakt op hun rechten. Dit heeft ook zijn doorwerking gehad op het kinderschermingsrecht. De kritiek op de maatregelen van kinderscherming heeft zich vanaf de jaren zeventig namelijk vooral gericht op het tekort aan rechtsbescherming van betrokkenen bij een maatregel. Dit heeft geleid tot enkele wetswijzigingen, die tot doel hadden om de rechtspositie van betrokkenen te versterken. De noodzaak van een duidelijke fundamentele bezinning op de rechtsgronden, maar vooral op de doelstellingen van de maatregelen lijkt hierbij naar de achtergrond te zijn verschoven. Ook is nauwelijks tot geen aandacht geschonken aan een herziening van het gehele maatregelenpakket, terwijl uit het voorgaande nu juist blijkt hoe groot de juridische behoefte hiertoe is.

Een duidelijk standpunt omtrent de verschillende doelstellingen van de maatregelen zou een directe rechtvaardiging opleveren van overheidsinterventie in het gezin ter bescherming van de minderjarige. Meer nog dan een herformulering van de rechtsgronden voor het opleggen van een kinderschermingsmaatregel zou een verduidelijking van de doelstellingen ertoe leiden dat voor betrokkenen bij een maatregel zichtbaar wordt waaraan moet worden voldaan om de maatregel niet langer noodzakelijk te maken en waarom nu juist voor een concrete maatregel is gekozen, bijvoorbeeld een OTS in plaats van een (gedwongen) ontheffing. De verschillende maatregelen worden zo ook beter wettelijk begrensd, waardoor het gevaar van rechtsongelijkheid en willekeur afneemt en een meer functioneel maatregelenpakket ontstaat. Het is echter duidelijk geworden dat het beleid omtrent de doelstellingen van de maatregelen in de laatste decennia juist heeft geleid tot meer onduidelijkheid en tot minder rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezin door toepassing van een kinderschermingsmaatregel.

Hoewel de rechtsbescherming van betrokkenen bij een OTS wettelijk is verbeterd sinds de invoering van de herziene OTS-regeling in 1995, is de doelstelling van de OTS onduidelijker geworden. De primaire doelstelling van de OTS is de ouders zoveel mogelijk verantwoordelijkheid te laten behouden voor de verzorging en opvoeding van de minderjarige door het bieden van hulp en steun door een GVI om de bedreiging van de minderjarige tegen te gaan. Er is een aantal situaties te noemen waarin de OTS wordt toegepast, terwijl dit niet overeen lijkt te komen met de doelstelling van de OTS. Als een oudere minderjarige die bekwaam is en de behoefte heeft om zelfstandig te handelen en zijn of haar

leven naar eigen inzicht in te richten onder toezicht wordt gesteld, is wettelijk bepaald dat behalve de primaire doelstelling tot hereniging van ouders en minderjarige de GVI kan beslissen om zich vooral te richten op het vergroten van de zelfstandigheid van de minderjarige. Het is echter niet duidelijk hoe beide doelstellingen zich tot elkaar verhouden. Ook is het nog maar de vraag hoe en wanneer een GVI bepaalt dat de minderjarige bekwaam is om zelfstandig te leven zonder de voortdurende bemoeienis van ouders met zijn opvoeding. Het valt te hopen dat een GVI een voldoende onderbouwde afweging maakt bij een dergelijke keuze en vervolgens de eventuele keuze van de doelstelling tot het vergroten van de zelfstandigheid van de minderjarige aan betrokkenen kenbaar maakt.

Als een minderjarige (vanaf twaalf jaar) onder toezicht wordt gesteld naar aanleiding van een strafrechtelijke procedure of op initiatief van ouders, zal de doelstelling van de OTS impliciet een corrigerend element bevatten en zal een belangrijke taak voor de GVI zijn om de minderjarige op het juiste pad te brengen of te houden. Deze doelstelling is nergens met zoveel woorden in de wet genoemd; het valt slechts af te leiden uit de rechtsgrond voor OTS, namelijk het opheffen van de bedreiging voor de minderjarige. In elk geval zal in dergelijke situaties aan de minderjarige duidelijk moeten worden gemaakt wat deze bedreiging precies inhoudt, want zelf zal hij of zij dit veelal anders zien. Hierbij kan ook de vraag weer opkomen of het werken aan het vergroten van de zelfstandigheid van de minderjarige een bijkomende doelstelling is.

Als een OTS wordt gebruikt in situaties waar de bedreiging van de minderjarige inhoudt dat sprake is van omgangsproblematiek na (echt)scheiding van ouders, waarbij de oorzaak meestal bij ouders ligt, kan dit ook leiden tot onduidelijkheid. De GVI die niet in staat is om de omgangsproblematiek in goede banen te leiden om op deze manier de bedreiging van de belangen van de minderjarige op te heffen, zal van mening zijn dat de doelstelling niet haalbaar is en dat de OTS moet worden beëindigd. Een ouder van wie de omgang met zijn of haar kind wordt gefrustreerd en geblokkeerd, zal zich hier niet in kunnen vinden, omdat een OTS vaak een laatste redmiddel is. De doelstelling van de OTS bij omgangsproblematiek dient dan ook duidelijk te worden geformuleerd.

Sinds de herziening van de OTS-regeling in 1995 is de termijn van maximaal twee keer een jaar voor een UHP in het kader van een OTS, behoudens de uitzonderingsgronden, vervallen. Hoewel de reden hiertoe alleszins begrijpelijk is en het oude systeem voor bepaalde situaties te rigide was wanneer ouders wel instemden met een voortdurende van de UHP van hun onder toezicht gestelde kind, maar niet instemden met een ontheffing, betekent dit dat een OTS met UHP langer dan twee jaar kan doorlopen, ook als er geen perspectief meer is op terugplaatsing van het kind bij de ouders. Samen met het standpunt van de Hoge Raad dat zolang een ouder bereid is om zijn kind elders te doen opvoeden en akkoord gaat met een UHP, er geen grond is om een gedwongen ontheffing uit te spreken, is de grens tussen OTS en (gedwongen) ontheffing vertroebeld. Een OTS met UHP kan namelijk telkens voor een jaar worden verlengd, en het omslagpunt naar ontheffing lijkt niet langer bepaald te worden door de vraag of het in het belang van de minderjarige is dat de ouder de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding zoveel mogelijk behoudt, maar wordt nu bepaald door de bereidheid van ouders tot medewerking aan een OTS met UHP. Dit houdt een oordeel over het gedrag van ouders in, terwijl de rechtsgrond voor een OTS nu juist gericht is op het belang van de minderjarige. Dit leidt ertoe dat de ontheffingsmaatregel een meer beladen inhoud heeft gekregen: omdat er juri-

disch geen belemmeringen zijn om een OTS langdurig te verlengen, moet er wel heel wat aan de hand zijn voordat tot een gedwongen ontheffing wordt overgegaan.

Het gevolg van de juridische mogelijkheid tot voortdurende verlenging van de OTS met UHP is dat de doelstelling van de ontheffing ook onduidelijker is geworden. De ontheffingsmaatregel heeft twee keerzijden: enerzijds gaat het om een functionele gezagsoverdracht waardoor het gezag kan worden gelegd bij degene die de minderjarige verzorgt en opvoedt, zonder dat de 'ouderrol' daarmee verdwijnt, en anderzijds gaat het om een gezagsontneming met een morele lading die door de ouder als beschuldigend wordt ervaren, al is er geen sprake van verwijtbaar gedrag. Een ontheffing wordt na een OTS met UHP nog slechts opgelegd als de ouder geen stabiele bereidheid heeft om in te stemmen met de voortdurende van de UHP van zijn of haar onder toezicht gestelde kind. Om over de bereidverklaring te oordelen, zal het gedrag van de ouder moeten worden ingeschat door de rechter. Een ontheffing na OTS lijkt zodoende slechts als restcategorie te worden gebruikt voor de ouder die niet wil meewerken aan een OTS met UHP. Het feit dat een ouder niet zelf om een ontheffing kan verzoeken, versterkt het gevoel van ouders dat zij bij een ontheffing hebben 'gefaald', zodat buiten hun wil om wordt ingegrepen. Aan ouders wordt door de wetgever niet de mogelijkheid gegeven om als zelfstandig persoon te oordelen wat het meest in het belang van de minderjarige is en indien nodig zelf een verzoek tot ontheffing in te dienen. De wetgever hanteert nog steeds de paternalistische opvatting dat ouders niet de mogelijkheid mag worden gegeven om zomaar afstand te doen van hun verantwoordelijkheid ten opzichte van hun kind. De mogelijkheid tot het doen van afstand van ouderrechten, zoals dit in de jaren zeventig is voorgesteld, is om deze reden ook nooit wettelijk ingevoerd, waarbij ook nog meespeelde dat de toenemende aandacht voor het draagmoederschap op alle mogelijke manieren vanuit de politiek moest worden onderdrukt en het draagmoederschap zo min mogelijk moest worden gestimuleerd. Bij dit alles wordt over het hoofd gezien dat, ook als ouders een verzoek zouden kunnen indienen tot ontheffing, er altijd een rechter nodig blijft die het verzoek slechts zal toewijzen als dit in het belang is van de minderjarige. Tenslotte heeft de recente regeling van het automatisch doorlopen van gezamenlijk gezag na echtscheiding uit 1998 mijns inziens ook bijgedragen aan de opvatting dat ouderlijk gezag zo min mogelijk moet worden ontnomen. Als deze opvatting wordt doorgetrokken naar de kinderbescherming, bevestigt dit het standpunt dat een ontnemingsmaatregel zo veel mogelijk voorkomen moet worden.

De gedachte dat de ontheffing een middel is om het gezag als instrument voor de verzorging en opvoeding daar te leggen waar het ook feitelijk gebruikt kan worden, wordt door bovengenoemde factoren ondergraven. Zowel de wetgever als de rechterlijke macht lijken echter geen helder standpunt in te nemen ten opzichte van de vraag hoe de ontheffing nu gehanteerd moet worden, want uit de eerder besproken discussie over de vraag of de ontheffingsmaatregel kan worden gebruikt voor situaties waarin het gezag van een draagmoeder moet worden ontnomen om vervolgens de wensouders met het gezag te kunnen belasten is gebleken dat zowel de wetgever als de rechterlijke macht van mening zijn dat een ontheffing in dergelijke situaties kan worden gebruikt zonder dat dit tot oneigenlijk gebruik van de ontheffing zou leiden.

De roep om een verduidelijking van de doelstellingen van de kinderbeschermingsmaatregelen is groot, vooral gezien vanuit de positie van betrokkenen bij een maatregel die vaak moeite hebben hun weg te vinden in het (ingewikkeld) juridische kader en meestal niet worden vertegenwoordigd door een advocaat. Meer nog dan een wettelijke versterking van hun rechtspositie door het bijvoorbeeld vaker mogelijk te maken om bezwaar en beroep in te stellen, zal een heldere doelstelling bij het opleggen van een maatregel aan betrokkenen meer zekerheid bieden omtrent de duur van de maatregel en meer duidelijkheid verschaffen omtrent de te behalen resultaten. Als deze resultaten zijn bereikt, kan de maatregel niet langer gerechtvaardigd worden en zal deze daarom moeten worden opgeheven. Een oplossingsgerichte benadering bij het gebruik van een maatregel van kindebescherming zal naar mijn overtuiging leiden tot meer tevredenheid en beter resultaat. Een rapport als dat van Hermanns (in opdracht van Vedio) laat zien dat er al gedacht wordt over mogelijkheden tot het bieden van meer duidelijkheid omtrent de na te streven doelen bij een OTS door deze als GVI samen met de onder toezicht gestelde minderjarige en de ouders in de vorm van een ‘hulpverleningsovereenkomst’ te formuleren. *“Door het in onderhandeling vastleggen van doelstellingen en methodieken en het concretiseren van de inbreng van cliënten aan de ene kant en de gezinsvoogd aan de andere kant wordt het veranderingsproces duidelijker... er wordt een duidelijk en concreet, niet vrijblijvend kader geschapen voor de beoogde veranderingen in de opvoeding en/of opvoedingssituatie. De beoogde veranderingen worden geconcretiseerd, geordend en geprioriteerd waardoor overzicht en inzicht bij de cliënt kan ontstaan. Geëxpliciteerd wordt welke veranderingen in opvoeding en opvoedingssituatie gerealiseerd moeten worden zodat de OTS opgeheven kan worden.”*<sup>81</sup>

In elk geval is duidelijk geworden dat zowel de rechtsgronden als de doelstellingen van de maatregelen van kinderbescherming sinds de wettelijke invoering tot op heden niet voldoende helder zijn en daarom onvoldoende directe rechtvaardiging bieden voor deze overheidsinbreuk op het gezinsleven. In de huidige Nederlandse wet wordt het gebruik van een maatregel van kinderbescherming met als rechtsgevolg een inbreuk in het gezinsleven onvoldoende gelegitimeerd. Een directe rechtvaardiging en controle op de overheidsinterventie zou slechts nog gevonden kunnen worden in de jurisprudentie, in het bijzonder in de rechterlijke motivering bij het opleggen of instandhouden van een maatregel van kinderbescherming. Ook kan bij gebruikmaking van jurisprudentie rechtszekerheid en rechtsgelijkheid bij de toepassing van de maatregelen van kinderbescherming worden bevorderd. Het is dan wel zaak dat de rechter bij de toepassing van de open normen voor het opleggen van een maatregel duidelijk motiveert hoe de beslissing tot stand is gekomen en welke invulling hij aan een open norm heeft gegeven. Deze taak van de rechter is door de wetgever nog benadrukt bij de laatste herziening van de OTS-regeling: niet de wetgever hoeft de rechtsgrond voor een OTS te concretiseren, maar de rechter dient te verduidelijken wat de grond is voor een OTS in een concrete zaak. In het volgende hoofdstuk zal dan ook bestudeerd worden wat de rechterlijke motiveringsplicht inhoudt, waarna in een aansluitend hoofdstuk een empirische studie wordt gepre-

---

81 Hermanns (2000), p. 28. De duidelijkheid omtrent de na te streven doelen zou echter al vóór het uitspreken van een OTS moeten worden verbeterd; zie hierover hfst. 11. Zie voor het gebruik van ‘vrijwillige hulpverleningsovereenkomsten’ om hulpverlening in een gedwongen kader te voorkomen hfst. 11, par. 2.2.

senteerd waarin onderzocht zal worden wat de inhoud is van de rechterlijke motivering in OTS-beschikkingen en of uit deze motivering een voldoende rechtvaardiging voor de toepassing van een kindbeschermingsmaatregel kan worden afgeleid.

## 8 Rechterlijke motivering

### 8.1 Inleiding

Een rechter dient bij elke uitspraak te motiveren hoe hij tot zijn beslissing is gekomen. Duidelijke rechterlijke motivering is niet alleen wenselijk, maar ook noodzakelijk. Als de wetgever door gebruik van een open norm niet duidelijk aangeeft welke feiten ertoe leiden dat aan een bepaald wetscriterium is voldaan en zo een grote beoordelingsvrijheid overdraagt aan de rechter, is de roep om een heldere motivering van een rechterlijke beslissing des te groter. Vooral als het gaat om overheidsoptreden waarbij een inbreuk wordt gemaakt op de vrijheidsrechten van de burger (zoals strafrechtelijke bepalingen, maar ook het nemen van een beslissing in het bestuursrecht waar overheid en burger tegenover elkaar staan of het uitspreken van een kinderschermingsmaatregel), is een deugdelijke motivering van de rechter noodzakelijk. Zodoende kan het gebrek aan democratische legitimatie dat samengaat met de delegatie van rechtsvorming van wetgever naar rechter enigszins worden gecompenseerd.<sup>1</sup>

In het bestuursrecht is de motiveringsplicht een belangrijk beginsel bij het nemen van beslissingen door bestuursorganen en bij het behandelen van bezwaar en beroep.<sup>2</sup> Zowel in het bestuursrecht als in het strafrecht speelt de legaliteits eis een belangrijke rol, zodat grenzen worden gesteld aan de rechtsvorming door de rechter en het primaat van de wet voorop staat. Verder biedt het strafprocesrecht aan de burger, meer specifiek aan de verdachte, belangrijke garanties tegen onrechtmatig overheidsoptreden.

In het civiele recht gaat het daarentegen meestal om een geschil tussen twee gelijkwaardige partijen waarbij een minder lijdelijke rechter over het algemeen meer eigen beoordelingsruimte heeft, vooral waar hij een beslissing moet nemen op grond van een open norm. Het kinderschermingsrecht is als onderdeel van het civiele recht dan wel geregeld in het BW, maar het gaat te ver om ook hier te spreken van twee gelijkwaardige partijen in een geschil. De partijen in het geding zijn de RvdK of de GVI tegenover de burger, namelijk ouders, een minderjarige, pleegouders of andere belanghebbenden. De RvdK is, als instantie die is belast met de voorbereiding van een kinderschermingsmaatregel, een dienst van de overheid. De minister van Justitie kan richtlijnen geven en kan in een individuele zaak opdrachten geven aan de RvdK.<sup>3</sup> De GVI en de voogdijinstelling, die inmiddels overal in Nederland zijn gefuseerd tot één organisatie en behalve de uitvoering van maatregelen van kinderscherming vaak ook jeugdreclassering en vrijwillige hulpverlening bieden, zijn als uitvoerende instanties van de maatregelen oorspronkelijk ontstaan vanuit het particulier initiatief, maar worden tegenwoordig volledig gefinancierd door de overheid. Zowel

---

1 Zie Franken (1982); hij wijst op de noodzaak van een uitgebreide motivering door de rechter, want aangezien de rechtspraak haar legitimatie vindt in de politiek zullen beslissingen van het justitieel apparaat op dezelfde wijze moeten overtuigen als met politieke beslissingen het geval is.

2 Zie afdeling 3.7 en art. 7:12 Awb. Zie ook o.a. Neerhof (1996) over de bestuursrechter en de motiveringsplicht.

3 Art. 1:238 lid 2 BW stelt immers dat de taken en bevoegdheden van de RvdK door de RvdK “namens onze Minister van Justitie worden uitgevoerd.” Deze zinsnede is ingevoerd op 29 juni 1996 bij de reorganisatie van de Raden. Zie ook het Organisatiebesluit Raad voor de Kinderbescherming van 21 juni 1996, Stb. 329.

de RvdK als de GVI staan, ook vanwege hun grote professionele deskundigheid, duidelijk sterker in het geschil dan de individuele burger.

De RvdK en de GVI zijn als respectievelijk voorbereider en uitvoerder van de maatregelen van kinderscherming bestuursorganen. De RvdK is bestuursorgaan aangezien zij krachtens publiekrecht is ingesteld. Beide bestuursorganen zijn krachtens de wet belast met het nemen van beslissingen die gericht zijn op enig rechtsgevolg.<sup>4</sup> Voor de GVI geldt dat zij sinds de invoering van de gewijzigde OTS-regeling in november 1995 bestuursorgaan is voor zover zij bekleed is met openbaar gezag. Sinds die tijd is de GVI namelijk als particuliere instelling krachtens de wet belast met het nemen van beslissingen die gericht zijn op enig rechtsgevolg, zoals het geven van een schriftelijke aanwijzing in het kader van een OTS. Beide bestuursorganen dienen zich dan ook te houden aan de motiveringsverplichting op grond van de Awb. Voor alle besluiten die genomen worden, geldt dat deze moeten voldoen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur uit de Awb. Zo moet elke beslissing zorgvuldig worden voorbereid, moeten alle bij het besluit betrokken belangen worden afgewogen en alle belanghebbenden worden gehoord. Dit is vooral belangrijk in het kader van de OTS, waar een GVI veel beslissingen neemt over de concrete uitvoering van de maatregel. De belanghebbenden worden door het van toepassing zijn van de Awb beschermd tegen onzorgvuldig optreden van de RvdK en de GVI als bestuursorganen.

Als een geschil in het kader van een kinderschermingsmaatregel wordt behandeld door een (kinder)rechter, staat de instelling als partij tegenover een burger, meestal een gezin, als andere partij en moet de kinderrechter oordelen of aan de gronden voor overheidsinterventie in het gezin is voldaan. Als over een OTS wordt beslist, oordeelt de rechter vooral over de belangen van de minderjarige (worden zijn zedelijke of geestelijke belangen of zijn gezondheid ernstig bedreigd?). Ook wordt een afweging gemaakt over de noodzakelijkheid van gedwongen hulpverlening door middel van een OTS (is vrijwillige hulpverlening niet [meer] mogelijk?). Bij de voorlopige maatregelen van kinderscherming wordt vooral het spoedeisend karakter getoetst, dat het uitspreken van de maatregel vóórdat partijen zijn gehoord rechtvaardigt.

Bij de meer ingrijpende maatregelen van ontheffing en ontzetting oordeelt de rechter of op grond van een gedraging of houding van een ouder een gezagsontnemende maatregel mag worden opgelegd. Het belang van de minderjarige speelt nog wel een rol als extra voorwaarde voor het uitspreken van een ontheffing of ontzetting, maar het gedrag van ouders (zowel het doen als het nalaten) staat voorop. Eerder is beschreven dat het belangrijkste verschil tussen de ontheffing en de ontzetting is gelegen in het feit dat een ontzetting kan worden uitgesproken als een ouder 'schuld' heeft aan de situatie, beter gezegd als het gaat om aantoonbaar verwijtbaar gedrag van de ouder. Een ontzetting was dan ook van oorsprong een strafmaatregel tegen de schuldige ouder. Bij een ontheffing gaat het juist om niet-verwijtbaar gedrag dat ertoe leidt dat een ouder 'ongeschikt of onmachtig' is om zijn plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen. Het schuldbegrip speelt hier geen rol, al voelen ouders zich wel vaak 'schuldig verklaard' als een ontheffing uit het gezag wordt uitgesproken.

---

4 De voogdij-instelling is niet met openbaar gezag bekleed; dit orgaan kan namelijk geen beslissingen nemen die gericht zijn op enig rechtsgevolg. Het optreden van de voogdij-instelling kan niet worden getoetst door de rechter op verzoek van de minderjarige of de ouder.

Als een kinderschermingsprocedure wordt vergeleken met een strafrechtelijke procedure, valt op dat, hoewel het aantonen van schuld slechts bij een ontzetting speelt en deze 'schuld' een andere inhoud heeft dan het schuldbegrip in het strafrecht, de kinderrechter een vergelijkbare taak heeft als de strafrechter. Beide rechters bepalen of er voldoende grond is om gedwongen te interveniëren in het privé-leven en gezinsleven van een burger. Desondanks geldt, hoewel de procesrechtelijke garanties voor de burger vooral bij een OTS, maar ook bijvoorbeeld bij een voorlopige voogdij zijn verbeterd, niet dezelfde mate van rechtsbescherming van de betrokkenen als in het strafrecht. Het is dan wel zo dat overheidsinterventie op grond van een strafrechtelijke gedraging zwaarder is dan op grond van bescherming van de minderjarige (in de meest ruime betekenis van het woord, dus ook bijvoorbeeld als het in het belang van de minderjarige is dat deze in een gesloten inrichting wordt geplaatst), toch gaat het om overheidsinterventie die gerechtvaardigd dient te worden. Het is dan ook noodzakelijk dat de burger uit de rechterlijke motivering kan afleiden wat de grond voor deze overheidsinterventie is. Dit geeft de burger ook de mogelijkheid om tegen een beslissing hoger beroep in te stellen en de beslissing op grond van de gegeven motivering door een hogere rechter te laten toetsen.

Waar gesproken wordt over een rechterlijke motivering, wordt bedoeld op de schriftelijke rechtsoverwegingen die in een rechterlijke uitspraak worden opgenomen. Een rechter zal als hij of zij uitspraak doet ook mondeling aan partijen motiveren welke redenen ten grondslag liggen aan de beslissing. Dit is een directe en essentiële manier van motiveren die de acceptatiegraad van partijen kan verhogen en er zelfs toe kan leiden dat partijen geen hoger beroep aantekenen tegen de beslissing. Hoewel uit het vereiste van een deugdelijke rechtspraak voortvloeit dat bij elke rechterlijke uitspraak met openbare zitting door de rechter een mondelinge toelichting bij de beslissing wordt gegeven, betekent dit mijns inziens niet dat een schriftelijke motivering in de uitspraak daardoor minder belangrijk is. Voor partijen biedt een schriftelijke motivering de mogelijkheid om na afloop van de zitting in alle rust nogmaals tot zich te nemen wat de argumenten zijn die tot de beslissing hebben geleid. Zodoende kunnen zij ook afwegen of zij in hoger beroep willen gaan.

Een rechterlijke motivering houdt in dat de rechter in zijn schriftelijke beslissing beargumenteert op welke gronden hij tot zijn oordeel is gekomen. Het gaat hierbij niet zozeer om de vastgestelde feiten en het toepasselijke recht, maar om de vraag welke overwegingen ten grondslag liggen aan de rechterlijke beslissing dat een bepaald wetsartikel van toepassing is. Als een wetsartikel een open norm inhoudt, geeft een duidelijke motivering weer hoe de rechter de open norm heeft ingevuld.<sup>5</sup> Het motiveringsbeginsel wordt door Wesseling-van Gent als één van de vijf beginselen van behoorlijk procesrecht in een civiele procedure genoemd.<sup>6</sup> Elke burger dient in een civiele procedure de garantie te hebben dat een rechterlijke beslissing op deugdelijke wijze wordt gemotiveerd. Dit zegt echter nog niets over de inhoud van de rechterlijke motivering. Een rechter kan motiveren dat zijn beslissing de enig juiste is, of slechts aannemelijk maken dat zijn beslissing tot de aanvaardbare mogelijkheden behoort. Hierbij is het van

---

5 Snijders (1978) spreekt in zijn dissertatie over 'argumentatie': al datgene wat de rechter aanvoert ter verdediging of verkrijging van zijn beslissing met uitzondering van de feiten waarop hij zich beroept en het recht dat hij poneert.

6 Wesseling-van Gent (1985), p. 393.



belang tot wie de rechter zijn motivering in de eerste plaats richt; tot de justitiabele of tot de hogere rechter.<sup>7</sup> Is de motivering vooral bedoeld om aan partijen duidelijk te maken waarom een beslissing is genomen, dan zal de motivering inhoudelijk verschillen van een argumentatie die vooral tot doel heeft een bijdrage te leveren aan de rechtsontwikkeling. De justitiabele zal in een rechterlijke uitspraak echter altijd de primair geadresseerde dienen te zijn.

Als het gaat om overheidsoptreden tegen de burger, kan een duidelijke motivering als rechtvaardiging dienen ingeval de wetgever een open norm heeft afgegeven aan de rechter. De rechterlijke toepassing van de open norm dient dan ook duidelijk te worden beargumenteerd. Jurisprudentie kan zodoende een instrument zijn om rechtvaardiging van overheidsoptreden af te leiden; dit kan worden aangeduid als legitimatie op macro-niveau. De rechter legitimeert ook zijn eigen beslissing door middel van een deugdelijke motivering; dit kan worden aangeduid als legitimatie op micro-niveau. Onderbouwing van een beslissing door het aandragen van afdoende argumenten biedt een legitimatie van een rechterlijke beslissing. Deze argumenten geven slechts een rechtvaardiging van een bepaalde beslissing; het denkproces van de rechter om tot vorming van een rechtsbeslissing te komen staat hier los van. De zoekstrategie van de rechter wordt aangeduid als heuristiek van het rechterlijk oordeel, terwijl de legitimatie van het rechterlijk oordeel een verantwoording geeft van de rechtsbeslissing. Bij heuristiek gaat het om het vinden van een beslissing en bij legitimatie om het naar buiten toe rechtvaardigen van een beslissing. In principe staan beide begrippen los van elkaar; de motiveringseis voor de rechter betekent dan ook niet dat hij de gevolgde zoekprocedure moet beschrijven, maar deugdelijke argumenten moet aandragen die de beslissing steunen.<sup>8</sup>

In kinderbeschermingszaken, waar het gaat om interventie in het gezinsleven dat met name in het licht van art. 8 lid 2 EVRM gerechtvaardigd moet worden, is een duidelijke en goed onderbouwde rechterlijke motivering een middel ter rechtvaardiging van het overheidsoptreden in het gezin. Juist omdat de gronden voor het toepassen van kinderbeschermingsmaatregelen open normen zijn en daar slechts heel beperkt een rechtvaardiging uit kan worden afgeleid, en omdat de doelstellingen van de maatregelen van kinderbescherming niet duidelijk zijn, biedt rechterlijke motivering een laatste instrument voor directe rechtvaardiging. Voordat meer inhoudelijk naar de rechterlijke motivering zal worden gekeken, dient echter eerst te worden ingegaan op de motiveringsplicht van de rechter, waarbij ook zal worden beschreven wat de inhoud is van de rechterlijke motiveringsverplichting en in hoeverre rechterlijke uitspraken een instrument zijn tot rechtvaardiging van de toepassing van kinderbeschermingsmaatregelen.

---

7 Henket (1993) spreekt van een sterke en zwakke argumentatieplicht (zie p. 359), en stelt dat justitiabelen geen interesse meer hebben in de rechterlijke argumentatie omdat hun vertrouwen in de rechter is toegenomen. Ik plaats hier vraagtekens bij, vooral in zaken betreffende kinderbescherming.

8 Zie over heuristiek en legitimatie van een rechtsbeslissing o.a. Nieuwenhuis (1976), Henket (1993) en Snijders (1978).

## 8.2 Rechterlijke motiveringsplicht

### 8.2.1 *Functies van de motiveringsplicht*

De rechterlijke motiveringsplicht is opgenomen in de Nederlandse wetgeving. In artikel 121 van de Grondwet staat vermeld dat “*alle vonnissen de gronden inhouden waarop zij berusten*”, met uitzondering van de gevallen bij de wet bepaald. De term ‘vonnissen’ verwijst naar zowel strafrechtelijke als civiele vonnissen. Uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat art. 121 Gw. niet geldt voor rechterlijke beschikkingen.<sup>9</sup> De term ‘vonnissen’ omvat ook de arresten van de Gerechtshoven en de Hoge Raad. Ook in art. 20 RO wordt voor strafvonnissen verwezen naar art. 121 Gw. Met de term ‘vonnissen’ wordt aangegeven dat beschikkingen niet onder de werking van art. 121 Gw. vallen. In art. 59 lid 3 Rv geldt voor civiele vonnissen dat zij “*de gronden der uitspraak*” moeten bevatten. In art. 429k lid 3 Rv is voor rechterlijke beschikkingen een soortgelijke bepaling opgenomen: de beschikking moet “*op straffe van nietigheid met redenen zijn omkleed*.”<sup>10</sup> Zowel bij vonnissen als bij beschikkingen moet de rechter dus een motivering opnemen in de schriftelijke uitspraak.

Oorspronkelijk zag de Hoge Raad het motiveringsvereiste zuiver als vormvereiste en was het voldoende als in een uitspraak enige grond was aangevoerd ter motivering van de beslissing. Slechts als elke grond ontbrak, kon dit strijd opleveren met de motiveringsplicht. Sinds 1920 is de Hoge Raad hogere eisen gaan stellen aan de motivering van een uitspraak. De Hoge Raad is het belang van een rechterlijke motivering voor de cassatierechter steeds meer gaan benadrukken. In de vijftiger jaren van de vorige eeuw is de Hoge Raad meer algemene motiveringseisen gaan ontwikkelen. Sinds die tijd wordt de motiveringseis ook als garantie voor een deugdelijke rechtspraak beschouwd.<sup>11</sup>

Verschillende functies van rechterlijke motivering kunnen worden onderscheiden.<sup>12</sup> Door te motiveren wordt de rechter gedwongen om rekenschap af te leggen van zijn beslissing; dit bevordert de kwaliteit van het proces van oordeelsvorming. Ook garandeert een duidelijke motivering de mogelijkheid tot controle, zowel publieke controle als controle in hoger beroep. Publieke controle betekent dat de gemeenschap kan oordelen of aan de garanties van onpartijdigheid en bescherming tegen willekeur is voldaan. Controle in hoger beroep houdt voor belanghebbenden in dat zij een juiste overweging kunnen maken om wel of geen hoger beroep in te stellen. Voor een hogere rechter betekent het dat hij kan toetsen of de argumentatie van de rechter in eerste aanleg houdbaar is. Barendrecht is overigens van mening dat het bij de motiveringsplicht niet zozeer om controle gaat, maar om het aanvaardbaar maken van een beslissing. Controle impliceert volgens hem dat er maatstaven zijn aan de hand waarvan kan worden gecontroleerd. Als in de rechtspraak nieuw recht wordt gevormd omdat de verhouding tussen wetgever en rechter is verschoven en de rechter meer vrijheid heeft gekregen, is het onmogelijk te controleren of de beslissing ‘juist’ is. Voor-

9 *Kamerstukken II*, 1979-1980, 16 162, nr. 3, p. 22; zie ook Pinckaers (1997), p. 65.

10 ‘*Op straffe van nietigheid*’ betekent in deze context dat een beschikking die niet voldoende wordt gemotiveerd ‘vernietigbaar’ is; zie Doek en Wesseling-van Gent, BRv (losbl.), boek I titel 12, art. 429k Rv, nr. 24.

11 Zie Rutten (1974), p. 239, Veegens (1989), p. 115 e.v. en Star Busmann (1972), nr. 400a.

12 Zie hierover o.a. Nieuwenhuis (1976), De Waard (1987) en Asser, BRv (losbl.), boek 1, art. 59, nr. 7.

al als open normen worden toegepast, heeft de motiveringseis geen betekenis in de zin van toetsing aan regels omdat hier geen controle-instrument voor bestaat.<sup>13</sup> Mijns inziens is controle van de rechterlijke beslissing in ruime zin wel mogelijk bij een deugdelijke motivering. Het gaat namelijk niet zozeer om controle van de capaciteit van de rechter, maar om controle tegen willekeur (voor gelijke gevallen wordt verschillend beslist) en controle in hoger beroep. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 4 juni 1993 bepaald dat de motiveringsplicht een groundbeginsel van een goede procesorde is dat ertoe strekt dat de uitspraak voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtengang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden (in geval dat hogere voorzieningen openstaan valt ook de hogere rechter hieronder) controleerbaar en aanvaardbaar te maken.<sup>14</sup>

Een andere functie van motivering is dat een duidelijke motivering bijdraagt tot de rechtsontwikkeling. Omdat bij het kenbaar maken van argumenten ter invulling van wetsnormen, in het bijzonder in geval van open normen, een invulling aan normen wordt gegeven, kan meer duidelijkheid worden geboden over de wijze van toepassing van bepaalde normen.<sup>15</sup>

### 8.2.2 *Omvang en inhoud van de motiveringsplicht*

Indien de rechter niet voldoet aan het motiveringsvereiste, kan een vonnis of beschikking door de Hoge Raad worden vernietigd met toepassing van art. 99 lid 1 sub 1 RO, namelijk wegens verzuim van vormen. Vroeger heeft de Hoge Raad meermalen beslist, dat van cassatie wegens verzuim van vormen betreffende de motiveringsplicht slechts sprake kan zijn als elke motivering ontbreekt. Een onvolledige of ondeugdelijke motivering kon niet leiden tot het succesvol instellen van cassatieberoep wegens het niet voldaan hebben aan de motiveringsplicht. Vanaf de jaren vijftig is de Hoge Raad een tegenstrijdige of onbegrijpelijke motivering echter gaan beschouwen als ‘geen motivering’ en sindsdien is ook cassatie mogelijk tegen een “*motivering die niet motiveert.*”<sup>16</sup> Dit heeft tot een uitbreiding van het toepassingsbereik van het motiveringsvereiste geleid, zoals dit voortvloeit uit art. 20 RO en art. 59 en 429k Rv, en heeft de mogelijkheden tot het instellen van cassatie op grond van verzuim van vormen, namelijk het niet hebben voldaan aan de motiveringseis, vergroot.

De cassatierechter heeft echter twee belangrijke beperkingen opgelegd bij het instellen van cassatie op grond van verzuim van vormen. De Hoge Raad heeft namelijk herhaaldelijk beslist dat zuiver feitelijke en zuiver juridische beslissingen niet behoeven te worden gemotiveerd. Dit gezien het feit dat voor zuiver feitelijke beslissingen cassatieberoep is uitgesloten (art. 99 RO), en bij cassatieberoep tegen zuiver juridische beslissingen geen belang is.<sup>17</sup> Los van de vraag wanneer een beslissing zuiver feitelijk of zuiver juridisch is (zie hierover par.

---

13 Zie Barendrecht (1992), p. 177; Barendrecht (1993), p. 38.

14 HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659

15 De Waard (1987) maakt een onderscheid tussen rechtsvorming in abstracto (betekenis voor andere gevallen) en rechtsvorming in concreto (duidelijkheid over de concrete gevolgen van een beslissing); zie par. 9.2.

16 Zie Star Busmann (1972), nr. 400a, met verwijzing naar een aantal uitspraken van de HR.

17 Als de beslissing juridisch onjuist is, kan cassatie worden ingesteld o.g.v. schending van recht; als de beslissing juridisch juist is, zal de HR zonnodig met verbetering van gronden de beslissing handhaven, dus is er geen belang bij een motiveringsklacht. Zie Veegens (1989), nr. 117 en Star Busmann (1972), nr. 400a.

4.1), betekent dit een grote beperking van het aantal beslissingen waartegen cassatieberoep kan worden gehonoreerd.<sup>18</sup> Rutten was één van de bestrijders van deze leer, die ervan uitgaat dat de motiveringsplicht slechts tot doel heeft om een beslissing door de cassatierechter te laten toetsen.<sup>19</sup> Als de andere functies van motivering in ogenschouw worden genomen, valt deze leer niet langer te verdedigen. Met hem ben ik van oordeel dat wanneer cassatieberoep wordt uitgesloten voor elke feitelijke beslissing van een rechter, voor een groot aantal zaken geen cassatietoetsing mogelijk is waardoor de rechtsmiddelen van de justitiabele worden uitgehold. Hoewel het oude standpunt van de Hoge Raad dat zuiver feitelijke beslissingen geen motivering behoeven niet meer als zodanig door de Hoge Raad wordt vastgehouden, gelden geen strenge eisen voor de motivering van feitelijke beslissingen, omdat de Hoge Raad op grond van haar taak niet kan oordelen over de waardering van feiten. Asser constateert dat veel cassatieklachten over een onvoldoende of onbegrijpelijke motivering die op het eerste gezicht gerechtvaardigd lijken te zijn, niet slagen omdat “*bij nadere bestudering van de motivering door de Hoge Raad aan de hand van de gedingstukken de motivering door interpretatie en aanvulling zich laat begrijpen.*”<sup>20</sup>

Voor de omvang en inhoud van een motivering kan een aantal factoren van belang zijn. Vranken spreekt hier van een gedifferentieerde motiveringsplicht voor de rechter.<sup>21</sup> Een eerste belangrijke differentiatiefactor is de aard van de beslissing. Deze is van invloed op de eisen die aan de rechterlijke motivering worden gesteld. Zo heeft een beslissing die een intuïtief oordeel inhoudt niet te worden gemotiveerd.<sup>22</sup> Ook lijkt de regel te gelden dat hoe ingrijpender een beslissing is voor de belangen die in het spel zijn van partijen en derden, hoe zwaarder de motiveringseis is (bijvoorbeeld BOPZ-zaken, inbreuken op privacy). Vranken stelt dat “*het aantasten of afnemen van rechten die de primaire levensbehoeften van mensen betreffen, namelijk wonen, werken en ‘family-life’, vaak een indringender motivering vereisen dan bijvoorbeeld de vraag of bepaalde goederen onder een hypothecaire zekerheid zijn te begrijpen of niet.*” Ook al is een zaak juridisch niet ingewikkeld, staat het juridisch forum niet op een uitgebreide motivering te wachten en is het niet nodig voor de controle in appèl of cassatie, juist bij beslissingen die diep in het persoonlijk leven van mensen ingrijpen hebben betrokkenen er recht op om niet met een paar pennes-teken naar huis gestuurd te worden.<sup>23</sup> Voor beslissingen met een spoedeisend karakter (kort gedingen, voorlopige voorzieningen) geldt juist een minder strenge motiveringseis.<sup>24</sup> Tenslotte is de motiveringsplicht volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad niet van toepassing bij het uitoefenen van een rechterlijke discretionaire bevoegdheid.<sup>25</sup>

Overigens heeft de wetgever in 1988 een uitzondering op de motiveringsplicht in de wet opgenomen voor de Hoge Raad. In art. 101a RO wordt de Hoge

18 Cassatieberoep kan wel worden ingesteld tegen het niet motiveren van een zuiver feitelijke beslissing, maar wordt door de HR afgedaan door te stellen dat een feitelijke beslissing geen motivering behoeft; zie Star Busmann (1972), p. 406.

19 Zo ook Veegens/Korthals Altes/Groen (1989), p. 231.

20 Asser, BRv (losbl.), boek I, art. 59, nr. 8.

21 Zie Asser-Vranken (1995), nr. 227 e.v.

22 Zie bijv. HR 6 november 1959, NJ 1960, 104; HR 31 december 1993, RvdW 1994, 23.

23 Vranken (1993), p. 241 resp. Asser/Vranken (1995), nr. 235.

24 Zie Asser, BRv (losbl.), boek I, art. 59, nr. 8. Zie ook Korthals Altes (1993), p. 102.

25 Zie bijv. HR 15 maart 1968, NJ 1968, 228; zie ook Star Busmann (1972), p. 406 en Veegens/Korthals Altes/Groen (1989), nrs. 106 en 122.

Raad vrijgesteld van de motiveringsplicht indien “*een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.*” De beperking van de motiveringsplicht voor de Hoge Raad is ingevoerd met het oog op de afdoening van ondeugdelijke motiveringsklachten om op deze manier de stijgende werklast een halt toe te roepen.<sup>26</sup>

### 8.2.3 Motiveringsplicht en het EVRM

Ook uit art. 6 EVRM, dat een ieder het recht op een ‘*fair trial*’ garandeert (“*bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen... heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld*”), kan een rechterlijke motiveringsplicht worden afgeleid, al wordt dit niet met zoveel woorden geformuleerd. Algemeen wordt erkend dat een motiveringsplicht volgt uit het recht op een ‘*fair trial*’. De Europese Commissie en het Europees Hof hebben in een aantal zaken geoordeeld naar aanleiding van een klacht over het niet motiveren van een rechterlijke uitspraak. Het niet voldaan hebben aan de motiveringsverplichting kan een schending van art. 6 lid 1 EVRM opleveren.

Op 17 januari 1963 heeft de Europese Commissie voor het eerst impliciet beslist dat uit art. 6 EVRM volgt dat rechterlijke uitspraken in beginsel moeten zijn gemotiveerd. Het Europees Hof heeft het standpunt van de Europese Commissie overgenomen; op 30 november 1987 heeft ook het Hof voor het eerst uit art. 6 lid 1 EVRM impliciet een motiveringseis afgeleid.<sup>27</sup> Uit de beslissingen van de Commissie en het Hof met betrekking tot de motiveringseis, voortvloeiend uit art. 6 lid 1 EVRM, blijkt dat de motiveringsplicht niet absoluut is.

In de zaak Van de Hurk tegen Nederland heeft het Europees Hof op 19 april 1994 beslist dat uit art. 6 EVRM afgeleid kan worden dat elke rechterlijke beslissing moet worden gemotiveerd, maar dat niet elk door partijen aangevoerd argument gemotiveerd behoeft te worden weerlegd.<sup>28</sup> Op 21 januari 1999 heeft het Europees Hof zich in de zaak García Ruiz tegen Spanje gebogen over de vraag of een hogere rechter de feiten zoals deze door de rechtbank waren vastgesteld en de rechtsoverwegingen van de rechtbank mocht overnemen, zonder op de argumenten van de verzoeker in te gaan.<sup>29</sup> Het Hof herhaalt het beginsel dat volgens vaste jurisprudentie elke rechterlijke beslissing op adequate wijze de gronden moet aangeven waarop het rechterlijk oordeel is gebaseerd en stelt vervolgens dat de omvang van de motiveringsplicht kan variëren met de aard van de beslissing en moet worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden van het geval. Indien een rechter een beroep afwijst, kan de hogere rechter volgens het Hof ook in beginsel volstaan met het overnemen van de redengeving van de lagere rechter.<sup>30</sup> De klager heeft in deze zaak een procedure op tegenspraak kunnen voeren en heeft in verschillende fasen van het proces zijn argumenten kunnen aanvoeren. Tenslotte heeft de rechtbank een uitvoerige motivering gegeven die door de hogere rechter is overgenomen voor zover zij

26 Zie Pinckaers en Van Dorst (1997); overigens wordt art. 101a RO verenigbaar geacht met art. 6 EVRM, zie Lawson, NJCM-bull.1999, jrg. 24, nr. 6, p. 770.

27 EHRM 30 november 1987, H. v. Belgium, Series A, vol. 127-B.

28 EHRM 19 april 1994, NJCM-bull. 1993/94, p. 389 e.v.; zie ook De Waard (1996), p. 90.

29 EHRM 2 januari 1999, NJB 12 februari 1999, afl. 6, p. 256.

30 Zo ook EHRM 19 december 1997, Helle-Finland, Reports 1997, p. 2930, r.o. 59-60.

niet onverenigbaar was met haar eigen conclusies. Hoewel een meer substantiële onderbouwing wenselijk was geweest, is volgens het Hof niet voldoende grond om tot een schending van art. 6 lid 1 EVRM te oordelen.<sup>31</sup>

Een aantal uitzonderingen op de rechterlijke motiveringsplicht is af te leiden uit de jurisprudentie van het Europees Hof en de Europese Commissie. Zoals in bovengenoemde uitspraken duidelijk werd, hoeft een motivering alleen op essentiële stellingen van partijen in te gaan en hangt de motivering af van de aard en de gecompliceerdheid van het geval. Pinckaers noemt als andere uitzonderingen op de motiveringsplicht die uit art. 6 lid 1 EVRM voortvloeit beslissingen over het al of niet verlenen van verlof tot het instellen van beroep, beslissingen waartegen geen beroep mogelijk is, beslissingen tot niet-ontvankelijkheid van het beroep en beslissingen waarbij de *“hogere rechter het beroep verwierpt en de lagere rechter reeds gemotiveerd heeft beslist op dezelfde kwestie (cursivering: MB) als die welke aan de hogere rechter voorligt.”*<sup>32</sup> Voor de laatstgenoemde categorie beslissingen geldt voor de hogere rechter die het beroep ongegrond acht dat hij zowel de beslissing als de motivering van de lagere rechter bevestigt, zodat het niet nodig is dat hij nogmaals herhaalt wat de rechter in eerste aanleg al heeft gezegd. De strafkamer van de Hoge Raad heeft voor dergelijke beslissingen eenzelfde standpunt ingenomen. De strafrechter in hoger beroep hoeft geen afzonderlijke beslissing te geven op een verweer dat ook al in eerste aanleg is gevoerd en waarop gemotiveerd is beslist, indien deze het vonnis van de rechter in eerste aanleg op dat punt bevestigt.<sup>33</sup>

Deze laatste uitzondering op het rechterlijk motiveringsvereiste komt ook ter sprake in de zaak Helle-Finland, waarin de verzoeker bij het Europees Hof klaagt over een schending van art. 6 lid 1 EVRM op grond van het feit dat de hogere Finse rechter de beslissing van de lagere rechter had bekrachtigd zonder enige motivering. De hogere rechter had niet verwezen naar de opvatting van de lagere rechter of de reactie van verzoeker op de eerdere beslissing, maar had slechts deze beslissing aan de uitspraak gehecht. Het Hof komt tot de conclusie dat in casu sprake was van een *‘fair trial’* en geen schending van art. 6 EVRM kan worden aangenomen. Hierbij wordt de *‘incorporation technique’* oftewel de *‘inlegkunde’* door de hogere rechter in casu goedgekeurd: *“...the reasons given by the Cathedral Chapter were adopted twice by the Supreme Administrative Court by process of incorporation (cursivering: MB), thus clearly indicating that the latter court had no reasons of its own to depart from the conclusions reached by the Cathedral Chapter and that the applicant had not presented any new submissions which would have had a bearing on the appeal....”*<sup>34</sup> Hierbij is voor het Hof van belang dat de Supreme Administrative Court de beslissing omtrent schadevergoeding opnieuw heeft verwezen naar de lagere rechter. Hieruit leidt het Hof af dat de Supreme Administrative Court een nieuwe en afge-

---

31 Zie ook de noot van Lawson bij dit arrest in NJCM-bull. 1999, jrg. 24, nr. 6, p. 763-770; Lawson stelt dat het oordeel van het Hof vanuit het perspectief van de individuele rechtsbescherming niet bevredigend is en dat het Hof vanuit het oogpunt van rechtszekerheid beter had kunnen constateren dat het volstrekt ontbreken van een logische motivering niet door de beugel kan; een verklaring voor de afhoudende opstelling van het Hof ziet hij in de wens om duidelijk te maken dat het Straatburgse Hof geen ‘vierde instantie’ vormt.

32 Zie Pinckaers (1997), p. 43; overigens is niet duidelijk wat hier onder ‘dezelfde kwestie’ wordt verstaan.

33 Pinckaers (1997), p. 44-45; HR 12 december 1972, NJ 1973, 80 en HR 5 december 1978, DD 79.079.

34 EHRM 19 december 1997, r.o. 59.

wogen benadering heeft aangenomen ten aanzien van de rechtszaak. Het Hof concludeert dat *“the notion of a fair procedure requires that a national court which has given sparse reasons for its decisions, whether by incorporating the reasons of a lower court or otherwise, did in fact address the essential issues which were submitted to its jurisdiction and did not merely endorse without further ado the findings reached by a lower court.”*<sup>35</sup>

Rechter Van Dijk plaatst in zijn *‘concurring opinion’*, die wordt onderschreven door de rechters Foighel en Repik, enige kanttekeningen bij deze beslissing van het Europees Hof, hoewel ook hij uiteindelijk concludeert dat in casu van voldoende bijkomende omstandigheden was gebleken voor een volledige en onafhankelijke rechterlijke toetsing. Allereerst had de Supreme Administrative Court in de procedure naar de opvatting van de lagere rechter gevraagd en had verzoeker de mogelijkheid gekregen hierop te reageren. Verder had de Supreme Court in haar eerste beslissing (zij heeft in deze zaak twee keer een beslissing genomen) niet ingestemd met de beslissing van de lagere rechter omtrent de ontvankelijkheidsvraag. Toch stelt Van Dijk dat *“in view of the fact that the reasoning of the Cathedral Chapter was rather categorical and brief, the Supreme Administrative Court should not have restricted itself, as it did twice, to holding that ‘the Court finds no reason to alter the decision’... it was important that the Supreme Administrative Court showed that a full review had indeed been carried out.”* Omdat ook de lagere rechter al zeer beknopt had gemotiveerd, was er te meer reden geweest voor de Supreme Administrative Court om de beslissing duidelijk te motiveren.

Hoewel deze uitspraak misschien valt te begrijpen vanuit het oogpunt van efficiëntie, ook gezien de taak die het Europees Hof heeft ter toetsing van nationale rechtsvragen aan het EVRM, waarbij de nadruk ligt op de discretionaire bevoegdheden van de nationale rechtsstelsels, is zij niet bevredigend. Het lijkt erop alsof er voor het Europees Hof maar weinig nodig is om een gebrek aan rechterlijke motivering toch in overeenstemming te achten met art. 6 lid 1 EVRM. Als over enig onderdeel van de zaak door een hogere rechter anders wordt geoordeeld of wordt terugverwezen naar een rechter in eerste aanleg, is dit voldoende reden om de ‘inlegkunde’ van de hogere rechter (het verwerpen van het hoger beroep door het enkel verwijzen naar de overweging van de rechter in eerste aanleg) te accepteren omdat er dan van kan worden uitgegaan dat de hogere rechter een eigen, nieuwe afweging heeft gemaakt. Indien een hogere rechter een beroep afwijst en er geen nieuwe grieven zijn aangevoerd, kan in principe worden volstaan met het overnemen van de motivering van de rechter in eerste aanleg.

Als we deze zienswijze toepassen op kinderbeschermingszaken, zal dit betekenen dat de enkele verwijzing van een hogere rechter naar de motivering van een rechter in eerste aanleg betreffende het opleggen of verlengen van een kinderbeschermingsmaatregel in principe zal worden gesanctioneerd. Omdat in dit soort zaken de gezinssituatie snel kan wijzigen in de tijd die ligt tussen de behandeling van de zaak in eerste aanleg en in hoger beroep, kan het enkel verwijzen naar de wel of niet veranderde omstandigheden door de hogere rechter voldoende zijn om te doen blijken van een nieuwe beoordeling van de zaak. Volgens de beredenering van het Europees Hof in de zaak Helle-Finland zou dit de ‘inlegkunde’ van de hogere rechter met betrekking tot de eerste motivering rechtvaar-

---

35 EHRM 19 december 1997, r.o. 60.

digen, ook omdat partijen in hoger beroep opnieuw hun standpunt kenbaar hebben kunnen maken; zij worden immers in hoger beroep opnieuw gehoord. De rechter moet in hoger beroep dan wel oordelen over dezelfde grieven als die zijn aangevoerd bij de behandeling van de zaak in eerste aanleg. Als door de verzoeker in hoger beroep nieuwe grieven worden aangevoerd, kan een hogere rechter in beginsel niet volstaan met het enkel verwijzen naar de motivering van de rechter in eerste aanleg, omdat hij hiermee niet kan aantonen dat hij op alle ‘essential issues’ is ingegaan.

Het is in dit soort zaken de vraag wanneer een rechter in eerste aanleg over dezelfde argumenten heeft beslist als die welke door de verzoeker in hoger beroep aan de rechter worden voorgelegd. Juist in kinderbeschermingszaken, waar ouders bij de behandeling in eerste aanleg vaak geen juridische bijstand hebben en er dan ook meestal geen verweerschrift wordt ingediend op een verzoek tot het opleggen of verlengen van een maatregel, maar slechts op de zitting door hen wordt aangegeven waarom het verzoek zou moeten worden afgewezen, is moeilijk te bepalen of in hoger beroep door ouders dezelfde grieven worden voorgelegd. Stel dat ouders bij de behandeling van een zaak voor de kinderrechter duidelijk maken dat zij het niet eens zijn met het verzoek tot een OTS-maatregel omdat de situatie niet dermate ernstig is dat gedwongen hulpverlening noodzakelijk is. De ouders worden niet door een advocaat vertegenwoordigd maar voeren zelf het woord. De kinderrechter besluit toch op grond van de argumenten van verzoeker (meestal de RvdK) tot het opleggen van een maatregel. Als in hoger beroep door een advocaat namens ouders wordt gesteld dat niet aan de gronden voor het opleggen van de desbetreffende kinderbeschermingsmaatregel is voldaan, betekent dit dan dat dezelfde grieven aan de rechter worden voorgelegd? Mijns inziens kan niet worden gesteld dat als ouders in eerste aanleg geen juridische bijstand hadden, in hoger beroep dezelfde grieven zijn voorgelegd.

Als ouders zowel bij de kinderrechter in eerste aanleg als bij de hogere rechter zijn vertegenwoordigd door een advocaat, kan nòg niet gesteld worden dat dezelfde verweren opnieuw aan de hogere rechter worden voorgelegd, omdat de situatie omtrent het gezin en de minderjarige altijd zal zijn veranderd. Het argument dat er niet voldoende grond is voor het opleggen van een OTS-maatregel kan dan immers worden onderbouwd met de ontwikkelingen vanaf het begin van de OTS tot de behandeling van de zaak in hoger beroep. Dan is de grief in hoger beroep van het ontbreken van een rechtsgrond voor het opleggen van de maatregel niet meer geheel hetzelfde en zal de hogere rechter, zoals ook blijkt uit de uitspraak van het Europees Hof in de zaak Helle-Finland, in principe niet kunnen volstaan met het enkel verwijzen naar de motivering van de rechter in eerste aanleg.

Uit de eerder besproken uitspraak in *García Ruiz*-Spanje blijkt het Europees Hof echter zelfs van mening dat niet elk door de partijen aangevoerd argument door de rechter hoeft te worden gemotiveerd. Belangrijk was wel dat in deze zaak door de lagere rechter wèl uitgebreid was gemotiveerd. Het zal van de omstandigheden van het geval afhangen wat de omvang van de rechterlijke motiveringsplicht volgens het Hof is. In kinderbeschermingszaken motiveert een kinderrechter vaak heel summier; dan zal het motiveringsvereiste volgens de uitleg van het Europees Hof waarschijnlijk zwaarder wegen.

Concluderend kan worden gesteld dat de motiveringsplicht dan wel kan worden afgeleid uit art. 6 lid 1 EVRM, maar dat deze door het Europees Hof niet zo



streng wordt geïnterpreteerd. Het is nog maar de vraag of het Hof een schending van art. 6 EVRM zou constateren als in een kinderbeschermingszaak de rechter in hoger beroep de motivering van de kinderrechter in eerste aanleg overneemt. Mijns inziens mag het echter niet zo zijn dat indien een hogere rechter de beslissing van de kinderrechter in eerste aanleg bekrachtigt omtrent de vraag of de vastgestelde feiten voldoende zijn voor het opleggen van een maatregel van kinderbescherming, deze uitspraak niet wordt gemotiveerd. Met name als op dit punt verweer wordt gevoerd, bijvoorbeeld als die feiten worden betwist, dient een bekrachtiging van een uitspraak waartegen hoger beroep is ingesteld een deugdelijke motivering in te houden.

### 8.3 Motivering in de rechtspraak

Hoewel de plicht tot motivering van elke rechterlijke uitspraak zowel wettelijk als in vaste jurisprudentie van de Hoge Raad en het Europees Hof is vastgelegd, is de motivering van veel uitspraken in de rechtspraak slechts minimaal. Franken stelt dat de feitenrechter “*in de straf- en familiesector slechts ‘clauses of style’ of –oneerbiedig gezegd– allerlei toverformules hanteert.*”<sup>36</sup> In familiézaken wordt veel met standaardmotiveringen gewerkt en ook wordt veelal gebruik gemaakt van aankruisformulieren<sup>37</sup> of, in ons digitale tijdperk, bouwstenen (‘macro’s’) bij het concipiëren van een beschikking.

Waarom motiveren rechters hun beslissingen meestal slechts minimaal? Vinden zij het niet belangrijk om een goede argumentatie te geven en zijn zij slechts op zoek naar praktische oplossingen?<sup>38</sup> Of liggen aan het niet motiveren tactische redenen ten grondslag?<sup>39</sup> Misschien ligt de verwachting van wetenschappers tot een duidelijke rechterlijke motivering in bepaalde gevallen ook wel hoog. Barendrecht en Snijders wijzen er op dat, vooral als de rechter bij zijn beslissing een open norm moet toepassen, motiveringseisen nauwelijks reëel zijn en soms ook onmogelijk, hoewel wenselijk.<sup>40</sup> Vage wetgeving betekent namelijk dat er geen duidelijke regels zijn en volgens beide auteurs is het wel veel gevraagd om van de rechter te verwachten deze regels te creëren als de wetgever er zelf niet uitkomt. Ook wordt wel gesteld dat in de praktijk geen vraag is naar een deugdelijke rechterlijke motivering. Advocaten lijken over het algemeen tevreden te zijn over rechterlijke motivering, die zij overigens wel noodzakelijk achten voor het inschatten van de kansen in hoger beroep.<sup>41</sup>

Naar mijn mening zijn dit geen afdoende redenen om een rechterlijke motiveringsplicht licht op te vatten. Partijen kunnen niet oordelen over wat zij niet kennen; indien zij een meer heldere motivering krijgen in hun zaak, zal dit in hun belang zijn en zullen zij dan ook duidelijker kunnen inschatten wat hun kansen in hoger beroep zijn. Maar de motiveringseis is niet alleen belangrijk

---

36 Franken (1982), p. 457.

37 Zie het rapport Rechtzetten (zie. Vliegthart, 1990), p. 21: “*het komt voor dat voor de beschikking in eerste aanleg voorgedrukte formulieren worden gebruikt, waarin de toegepaste wetsartikelen zijn aangekruist, en voor de inhoudelijke motivering verwezen wordt naar het raadsrapport.*” Zie ook het onderzoek van Combrink-Kuiters (1998) voor gezagszaken, p. 315.

38 Aldus Kaptein (1994), p. 195.

39 Aldus Hol (1994); de rechter zou zijn beslissing in hoger beroep niet kwetsbaar willen maken.

40 Zie Barendrecht (1992) p. 190 en Snijders (1978), par. 4.24.

41 Zie Bruinsma (1994), die de motivering van kort geding-vonnissen heeft getoetst en advocaten heeft ondervraagd; voor kort geding-zaken geldt echter een minder strenge motiveringseis.

met het oog op hoger beroep; het is ook een eis van goede justitie en van respect voor elke justitiabele. In de meeste rechtszaken is één partij in het ongelijk gesteld. Een duidelijke en adequate motivering kan helpen om een teleurstellende uitspraak te accepteren en dit kan zelfs leiden tot een vermindering van het instellen van hoger beroep, waardoor ook kosten worden bespaard. Als een rechter een duidelijke motivering geeft in de schriftelijke uitspraak, kunnen partijen ook controleren of hun zaak op gelijke wijze is behandeld als soortgelijke zaken. Tenslotte mag de houding c.q. de werkdruk van rechters nooit een reden zijn om hen te ontlasten van de plicht tot motiveren.

Er is veelvuldig gepleit voor een verbetering van de rechterlijke motivering in kinderbeschermingszaken. De commissie Vliegenthart bracht in haar rapport Rechtzetten onder de aandacht dat ter versterking van de rechtsbescherming van belanghebbenden, *“juist gezien het ruime toepassingsbereik van de maatregelen van kinderbescherming vanwege de vaagheid van de wettelijke gronden of vanwege het ontbreken van een wettelijk criterium”*, een inhoudelijke motivering van deze beslissingen op zijn plaats was; *“niet per aankruisformulier, niet onder verwijzing naar het raadsrapport in zijn totaliteit, en óók als er geen tegenspraak is gevoerd.”*<sup>42</sup> Justitie heeft hier in de nota Kosto op gereageerd door te adviseren dat de RvdK in een verzoekschrift meer dan tot nog toe het geval was inzichtelijk zou moeten maken waarom een OTS is geboden en dat er verder een taak voor de rechter ligt tot motivering, omdat ook deze beschikkingen volgens de wet met redenen moeten zijn omkleed.<sup>43</sup> De Nederlandse Gezinsraad heeft als reactie op het rapport van de commissie Vliegenthart en de Nota Kosto eveneens gewezen op het belang van inzichtelijk gemotiveerde OTS-beschikkingen. *“De rechter dient in het vonnis uitdrukkelijk inzichtelijk en controleerbaar te motiveren waarom hij deze maatregel oplegt... Dit biedt aanknopingspunten die noodzakelijk zijn om beroep tegen de beslissing te kunnen instellen: appellanten weten op grond van welke feiten de rechter zijn gemotiveerde beslissing genomen heeft.”*<sup>44</sup> Er zijn geen aanwijzingen dat de motivering van beslissingen omtrent de maatregelen van kinderbescherming sindsdien wezenlijk is veranderd en verbeterd. In het volgende hoofdstuk zal uitgebreid worden ingegaan op de vraag hoe de rechter tegenwoordig motiveert aan de hand van een empirisch onderzoek naar OTS-uitspraken van Gerechtshoven.

Het wetsvoorstel tot herziening van de OTS-regeling van 1995 heeft opnieuw geleid tot discussie over het belang van een deugdelijke rechterlijke motivering in OTS-zaken. Deze discussie kwam voort uit het standpunt van de staatssecretaris van Justitie dat de grondslag van de OTS niet behoefde te worden gewijzigd. Niet een concretisering van de rechtsgrond voor OTS, *maar een duidelijke motivering in het raadsrapport en in de rechterlijke beschikking kunnen volgens hem de ingreep in het gezag van ouders via de OTS aan hen verhelderen* (cursivering: MB). Tevens geldt ten aanzien van een verzoek tot OTS de algemene motiveringseis voor verzoekschriften van art. 429d Rv: de verzoeker zal duide-

---

42 Cie. Vliegenthart (1990), resp. p. 21 en 48.

43 Nota Kosto (1990), p. 64. Deze redenen werden voldoende geacht om de rechtszekerheid voor belanghebbenden te garanderen; de aanbeveling tot het aanpassen van de grond voor OTS werd dan ook overbodig geacht.

44 Rapport ‘Kinderbescherming en Jeugdhulpverlening’, NGR 1991, p. 7. Uitdrukkelijk wordt gesteld dat de kwaliteit van de rechterlijke motivering afhankelijk is van de kwaliteit van het raadsrapport, dat duidelijke en concrete informatie dient te geven met daarop gebaseerde afwegingen, zodat de rechter ook concreet afwegingen kan maken. Zie over rapportage door de RvdK ook Van Wijk (1999), hfst. V, par. 5.

lijk moeten maken waarom een OTS noodzakelijk is.<sup>45</sup> Verschillende kamerfracties hebben hierop gereageerd met vragen over de motiveringsplicht.<sup>46</sup> Zo waren de leden van de CDA-fractie van mening dat een goede motivering van een maatregel door de kinderrechter van groot belang is voor alle betrokkenen. Het geeft de ouders een duidelijk inzicht in de overwegingen die tot deze ingrijpende maatregel hebben geleid en het geeft de hulpverleningsinstanties een leidraad voor de aard en omvang van hun hulp. De leden vroegen welke garanties het wetsvoorstel had ingebouwd ter voorkoming van onbegrijpelijke standaardmotiveringen. De leden van de PvdA-fractie waren van mening dat door de inhoudelijke motivering van de beslissing van de kinderrechter de doelstellingen van de maatregel van OTS kunnen worden geformuleerd die vervolgens de basis kunnen vormen voor het hulpverleningsplan. Zodoende zou het verloop van de OTS voor toetsing vatbaar worden en zou daarom in een fundamenteel manco, dat sinds de invoering van de OTS altijd heeft bestaan, kunnen worden voorzien. De leden van de VVD-fractie deelden de opvatting van de regering dat de ruim geformuleerde grondslag voor OTS dwingt tot zorgvuldige en volledige beargumentering van een verzoek daartoe op basis van de rapportage van de RvdK; de algemene motiveringseis geldt zowel voor de RvdK als voor de kinderrechter. Tenslotte werd door de leden van de D66-fractie ook veel waarde gehecht aan het vereiste van motivering van de beslissing door de rechter zonder aankruisformulier.

De staatssecretaris verwees in zijn reactie op dit commentaar terug naar wat hij al in de Memorie van Toelichting over de motiveringsplicht had gesteld, namelijk dat de motiveringsplicht van de rechter voortvloeit uit de wet en dat de burger dit in hoger beroep kan laten toetsen. *“Indien de rechter zich niet aan de motiveringsplicht houdt, kan hij dit motiveringsgebrek in hoger beroep aan het Gerechtshof voorleggen en in cassatie aan de Hoge Raad.”*<sup>47</sup> Dat dit in kinderbeschermingszaken, vooral bij een OTS, vaak maar een beperkte mogelijkheid is, zoals hieronder zal blijken, lijkt hij zich niet te realiseren. Een staatssecretaris zou toch behoren te weten dat een cassatieberoep met als belangrijkste klacht dat de motivering onduidelijk of onvoldoende is in de praktijk vrijwel kansloos is. Tenslotte wijst hij erop dat de motiveringsplicht afhankelijk is van de aard der zaak, wat ertoe leidt dat indien tussen betrokkenen geen meningsverschil bestaat over de noodzaak van de maatregel, wat in een niet onaanzienlijk aantal gevallen van OTS voorkomt, de motivering beperkter zal zijn.

De eerder genoemde mooie verlangens naar een deugdelijke rechterlijke motivering zijn simpelweg nooit in vervulling gegaan. Justitie heeft naar mijn weten niets gedaan om de door velen gewenste versterking van de rechterlijke motiveringsplicht te verwezenlijken. Hoewel de plicht tot motiveren van de rechter telkens weer wordt genoemd door de staatssecretaris, wordt vervolgens concreet niets ondernomen om gehoor te geven aan de roep om een betere rechterlijke motivering van beslissingen in kinderbeschermingszaken. Voor Justitie lijkt de tijd rijp om zich eens ernstig te bezinnen op deze halfslachtige houding.

Ook in de juridische literatuur is regelmatig gewezen op het belang van rechterlijke motivering ter rechtvaardiging van overheidsinterventie en ter garantie op

---

45 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 3 (MvT), p. 9-10.

46 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003, nr. 4 (VV), p. 10-15; zie ook JRW (losbl.), OTS, 1.3.1.

47 *Kamerstukken II*, 1993-1994, nr. 5 (MvA II), par. 7.2 (p. 28-30); zie ook JRW (losbl.), OTS, 1.3.2.

rechtsbescherming van de burger. Recent heeft Van Wijk in haar dissertatie gepleit voor een versterking van de rechterlijke motiveringsplicht in kinderschermingszaken; dit zou een belangrijk tegenwicht kunnen bieden tegen de bezwaren van een open wettelijke regeling.<sup>48</sup> De roep om een betere motivering heeft echter nooit tot een duidelijke koerswijziging geleid. Zolang het motiveringsvereiste wettelijk is geregeld en in de literatuur aandacht blijft bestaan voor het pleidooi om duidelijke motivering bij de toepassing van de open normen voor een beslissing omtrent een maatregel van kinderscherming, kan met De Waard worden ingestemd dat nu de rechter aan zet is.<sup>49</sup> Zolang door de rechter geen uitvoering wordt gegeven aan het wettelijk motiveringsvereiste bij elke rechterlijke beslissing, zal de roep om deugdelijke motivering onbeantwoord blijven.

Om te kunnen beoordelen of de rechter inderdaad niet voldoende invulling geeft aan de motiveringsplicht, zal zowel naar beslissingen in cassatie moeten worden gekeken als naar beslissingen door de feitenrechter in eerste aanleg en in hoger beroep. Het is dan ook noodzakelijk om eerst het standpunt van de Hoge Raad duidelijk te maken over de invulling van het motiveringsvereiste in zaken waar de overheid door toepassing van een kinderschermingsmaatregel ingrijpt in het gezin. In hoeverre kan een rechterlijke motivering van de beslissing dat voldoende grond bestaat tot overheidsinterventie in het gezinsleven in cassatie worden getoetst en welke eisen stelt de Hoge Raad aan de motivering in dit soort zaken? In de volgende paragraaf zal ik op dit vraagstuk ingaan.

## 8.4 Cassatie in kinderschermingszaken

### 8.4.1 *Cassatie wegens schending van het recht*

Art. 99 lid 1 RO geeft twee gronden voor het instellen van cassatie, namelijk cassatie wegens verzuim van vormen (lid 1 sub 1) en cassatie wegens schending van het recht (lid 1 sub 2). Als een belanghebbende cassatieberoep wil instellen tegen een beslissing inzake een kinderschermingsmaatregel, is de vraag of hij zich op één van beide gronden kan beroepen. Bij het instellen van cassatieberoep wegens verzuim van vormen is strijd met de motiveringsverplichting het meest aangevoerde argument. Als cassatieberoep wordt ingesteld op grond van schending van het recht, is het belangrijk vast te stellen wanneer sprake is van een schending van enige rechtsregel. Voor beide cassatiegronden is het onderscheid tussen feitelijke beslissingen en rechtsbeslissingen belangrijk.

Een feitelijke beslissing betreft het vaststellen van bepaalde feiten in een zaak. Bij een rechtsbeslissing wordt een rechtsregel geïnterpreteerd en wordt de inhoud en strekking van de rechtsregel in algemene zin nader bepaald. Tussen beide soorten beslissingen in ligt de kwalificatiebeslissing dat de vastgestelde feiten onder een bepaalde rechtsregel of een bepaald begrip van een rechtsregel kunnen worden gebracht, oftewel dat een bepaald begrip of rechtsregel op de vastgestelde feiten van toepassing is. Dit soort beslissingen worden wel ‘ge-

---

48 Van Wijk (1999), p. 271-272. Zie ook hfst. V, waar zij een historisch overzicht geeft van de motiveringsplicht bij kinderschermingsmaatregelen en waar zij verwijst naar de voorstanders van een sterk motiveringsvereiste.

49 De Waard (1996), p. 90.

mengde beslissingen' genoemd; het zijn beslissingen van zowel feitelijke als juridische aard. Vooral als het gaat om de toepassing van open normen of begrippen valt moeilijk een onderscheid te maken tussen de feitelijke beslissing en de rechtsbeslissing. Enkele rechtsgeleerden hebben er dan ook op gewezen dat bij de rechterlijke toepassing en invulling van open normen de vaststelling van feiten en de kwalificatie van deze feiten niet te scheiden zijn en dat daarom de cassatierechter niet kan toetsen maar slechts in zeer beperkte mate toezicht kan uitoefenen.<sup>50</sup> Ook de Hoge Raad hanteert het standpunt dat een beslissing over de kwalificatie van feiten bij toetsing aan open normen een gemengde beslissing is die zozeer met de feitelijke toetsing is verweven, dat een cassatierechter hier geen oordeel over *mag* uitspreken; de Hoge Raad heeft zijn eigen taak beperkt.<sup>51</sup> De cassatierechter onthoudt zich aldus van een kwalificatiecontrole als een rechter beslist over het wel of niet van toepassing zijn van een open norm of begrip, omdat deze beslissingen volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad feitelijk zijn.<sup>52</sup> Art. 99 lid 1 sub 2 RO (cassatiegrond 'schending van enige rechtsregel') is voor deze beslissingen niet van toepassing.

Dit betekent dat een kinderrechtter bij de beoordeling of aan de gronden voor het opleggen van een maatregel van kinderbescherming is voldaan bij voorbaat is gevrijwaard tegen cassatiecontrole op grond van schending van recht. Het gaat in deze zaken namelijk altijd om een 'gemengde beslissing'; een kinderrechtter beslist of de feiten leiden tot het van toepassing verklaren van de gronden voor een (voorlopige) OTS met eventueel een UHP, ontheffing, ontzetting of voorlopige voogdij. Mijns inziens zouden echter aan gemengde beslissingen hoge motiveringseisen moeten worden gesteld en is de mogelijkheid van cassatieberoep wenselijk. Juist in zaken waar besloten wordt of een maatregel van kinderbescherming wel of niet moet worden opgelegd, zou vanwege de verwevenheid van de feiten en de rechtsbeslissing van een kinderrechtter moeten worden verlangd dat deze aangeeft welke feiten voldoende grond opleveren voor een kwalificatie van één van de maatregelen van kinderbescherming. Deze kwalificatiebeslissing zou vanuit het oogpunt van rechtszekerheid in cassatieberoep volledig getoetst moeten kunnen worden.

De Hoge Raad zal echter bij toetsing van het gebruik van een open norm betreffende een maatregel van kinderbescherming naar alle waarschijnlijkheid oordelen dat geen sprake is van schending van enige rechtsregel, aangezien de gemengde beslissing niet in cassatie kan worden getoetst op grond van art. 99 lid 1 sub 2 RO. Dit blijkt ook uit een tweetal uitspraken omtrent OTS respectievelijk ontheffing waarin als cassatiemiddel was aangevoerd dat het Gerechtshof niet tot een juiste vaststelling en waardering van de feiten was gekomen. Op 17 juni 1977 oordeelt de Hoge Raad dat, *"wat 's Hofs beslissing over de OTS betreft, het middel een aantal grieven ontwikkelt die er alle op neerkomen dat het Hof de situatie verkeerd zou hebben beoordeeld; dat het middel in zoverre op-*

50 Donner, Wiarda en Koopmans; voor verwijzingen zie Veegens/Korthals Altes/Groen (1989), p. 186.

51 Zie Korthals Altes, BRv (losbl.), boek 1, titel 11, art. 99 RO, nr. 10.

52 Veegens (in Veegens/Korthals Altes/Groen, 1989) en Korthals Altes (BRv [losbl.], art. 99 RO, nr. 10) hebben een afwijzende houding tegenover de opvatting dat de cassatierechter zijn controletaak moet beperken tot het doel van cassatie, namelijk de handhaving van rechtseenheid, en daarom geen kwalificatiecontrole uitvoert. Veegens stelt dat alle in een rechtsregel gehanteerde begrippen rechtsbegrippen zijn en aldus in cassatie moeten worden getoetst. Bovendien is volledige kwalificatiecontrole juist wenselijk om de macht van de rechter bij toepassing van open normen te beperken; nr. 99.

*komt tegen oordelen van feitelijke aard, die in cassatie niet op hun juistheid kunnen worden getoetst.*”<sup>53</sup> Ook in het arrest van de Hoge Raad van 25 april 1997 wordt de stelling dat het Gerechtshof onjuist heeft geoordeeld dat sprake is van een bereidverklaring van vader tot UHP van zijn kinderen verworpen: “’s Hofs oordeel berust op waarderungen van feitelijke aard die aan het Hof als rechter die over de feiten oordeelt, zijn voorbehouden en dus in cassatie niet op juistheid kunnen worden onderzocht.”<sup>54</sup> In beide zaken heeft de Hoge Raad geconstateerd dat de uitspraak van het Hof geen schending van het recht oplevert.

Het lijkt hier op zijn plaats om nader in te gaan op de beslissingen die een rechter neemt bij een verzoek tot een maatregel van kinderbescherming. Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen open normen van de verschillende kinderbeschermingsmaatregelen. Een rechter kan de maatregel tot ontzetting uit het ouderlijk gezag uitspreken als de vastgestelde feiten onder andere misbruik van gezag, grove verwaarlozing of slecht levensgedrag opleveren en de rechter een ontzetting in het belang van het kind noodzakelijk acht. Deze beslissing betreft als zodanig slechts een ‘kwalificatiebeslissing’ en kan op grond van bovengenoemde uitspraken niet tot schending van recht leiden. Een ontheffing kan bij verzet van ouders worden uitgesproken als onder andere de ouder ongeschikt of onmachtig is om zijn plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen en een OTS en/of UHP onvoldoende is om de bedreiging van de zedelijke of geestelijke belangen of de gezondheid van de minderjarige af te wenden. Ook bij deze maatregel betreft de vraag of de vastgestelde feiten voldoende grond opleveren om te beantwoorden aan de open normen een ‘gemengde beslissing’ die volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad niet in cassatie kan worden getoetst. Voor het opleggen van een maatregel tot voorlopige voogdij tegen de wil van ouders die het gezag uitoefenen in, geldt behalve de open norm voor ontheffing of ontzetting dat de maatregel ‘dringend en onverwijld noodzakelijk is’. Als een rechter dit met enig argument heeft vastgesteld, gaat het ook hier weer om een kwalificatiebeslissing waartegen geen cassatie mogelijk zou zijn. Ook het verweer dat de vastgestelde feiten niet juist zijn, kan in cassatie niet tot een schending van recht leiden omdat het gaat om een feitelijke beslissing die in cassatie niet kan worden getoetst.

Voor het uitspreken van een OTS geldt sinds de inwerkingtreding van de OTS-regeling in 1995 dat naast de beslissing dat de vastgestelde feiten leiden tot een bedreiging met de zedelijke of geestelijke belangen of de gezondheid van de minderjarige, ook door de rechter moet worden vastgesteld dat vrijwillige hulpverlening heeft gefaald of, naar is te voorzien, zal falen. Dit is niet zozeer een extra open norm binnen de rechtsgrond voor OTS alswel een extra voorwaarde tot het uitspreken van een OTS. Het betekent dat als een rechter niet in de beschikking heeft vastgesteld dat aan deze voorwaarde is voldaan, hij de OTS niet had mogen uitspreken. Het argument dat één van de voorwaarden voor het uitspreken van de OTS niet is toegepast, namelijk de toetsing van de rechter of vrijwillige hulpverlening mogelijk is, zou in cassatie wél een schending van recht kunnen opleveren. Het gaat immers om een materiële grond die niet is toegepast; van een kwalificatiebeslissing is geen sprake. Als in een OTS-beschikking niets wordt gezegd over de eventuele mogelijkheid tot vrijwillige hulpverlening, kan cassatie worden ingesteld wegens schending van recht. Het

---

53 HR 17 juni 1977, NJ 1977, 564.

54 HR 25 april 1997, NJ 1997, 596.

is echter nog maar de vraag of de beslissing tot OTS in cassatie dan wordt vernietigd, ook gezien het feit dat de Hoge Raad veel ‘inleest’ bij bestudering van de rechtsoverwegingen van de rechter in eerste aanleg. Deze ‘inlegkunde’ speelt ook een belangrijke rol bij de beoordeling in cassatie van de rechterlijke motivering. In de volgende paragraaf zal hier nader op worden ingegaan.

Voor alle kinderbeschermingsmaatregelen geldt tenslotte nog, behalve het gebruik van open begrippen, dat de wetgever een beperkte discretionaire bevoegdheid aan de rechter heeft gegeven: de kinderrechter ‘kan’ de respectievelijke maatregelen opleggen. Het gaat hierbij echter om een minder discretionaire bevoegdheid dan soms wordt gesuggereerd. Het betekent dat de kinderrechter niet verplicht is om een maatregel op te leggen als de maatregel niet in het belang van het kind is. Bij een OTS geldt als tweede vereiste dat vrijwillige hulpverlening niet mogelijk is of heeft gefaald; in dat geval ‘kan’ de kinderrechter de OTS niet opleggen. Ook hier zal de Hoge Raad echter naar alle waarschijnlijkheid oordelen dat deze kwalificatiebeslissing van de kinderrechter niet in cassatie kan worden getoetst.

#### 8.4.2 *Cassatie wegens verzuim van vormen*

Omdat de kwalificatiebeslissing tot toepassing van een kinderbeschermingsmaatregel door de Hoge Raad is uitgesloten van cassatie wegens schending van het recht omdat het een zogenaamde waardering van feitelijke aard is, blijft voor een cassatietoetsing van een beslissing inzake kinderbescherming slechts de mogelijkheid over tot het instellen van cassatieberoep op grond van verzuim van vormen, namelijk het niet hebben voldaan aan de motiveringsverplichting (art. 99 lid 1 sub 1 RO). Maar voor zuiver feitelijke beslissingen (waaronder de Hoge Raad ook verstaat ‘gemengde beslissingen’) is, zoals eerder beschreven, de Hoge Raad heel soepel bij het toetsen van de motivering van de rechter in eerste aanleg. Omdat de rechter een ruime beoordelingsvrijheid heeft bij het opleggen van een kinderbeschermingsmaatregel, is de Hoge Raad zeer terughoudend in het toewijzen van een cassatieberoep wegens schending van de motiveringsplicht. Ook deze grond voor het instellen van cassatie inzake een beslissing omtrent een kinderbeschermingsmaatregel kan meestal niet tot succes leiden.

Op 28 november 1986 beslist de Hoge Raad dat *“uit ’s Hofs oordeel dat de beschikkingen van de kinderrechter dienen te worden bekrachtigd, waarin besloten ligt dat het hof zich verenigt met het oordeel van de kinderrechter ‘dat de voorwaarde, in art. 254 lid 1 boek 1 BW voor OTS is vervuld’, volgt dat het Hof heeft nagegaan of minderjarige zodanig opgroeit dat zij met zedelijke of lichamelijke ondergang wordt bedreigd”* en dat in het oordeel van het Gerechtshof dat een OTS met UHP noodzakelijk is *“besloten ligt dat het hof geen deugdelijk alternatief aanwezig acht”*; dit oordeel is *“niet onbegrijpelijk noch onvoldoende gemotiveerd.”*<sup>55</sup> Het cassatiemiddel, waarin werd gesteld dat het Gerechtshof ten onrechte niet eerst had vastgesteld of de minderjarige zodanig opgroeit dat zij met de zedelijke of lichamelijke ondergang wordt bedreigd, is door de Hoge Raad met deze enkele overwegingen verworpen. Blijkbaar vindt de Hoge Raad dat uit een summiere rechterlijke motivering toch veel kan worden verondersteld en afgeleid, vooral als het Gerechtshof eenzelfde standpunt inneemt als de kinderrechter. Deze opvatting komt overeen met die van het Europees Hof, dat

---

55 HR 28 november 1986, NJ 1987, 212; zie over deze uitspraak ook Doek (1988), p. 98, en Van Wijk (1999), p. 114.

de ‘*incorporation technique*’ oftewel de ‘inlegkunde’ van de hogere rechter ook goedkeurt.<sup>56</sup> Het valt zeer te betreuren dat de Hoge Raad zich hier in bochten wringt om uit een zeer summiere motivering af te leiden wat het Gerechtshof impliciet zou hebben bedoeld, zonder dat het Gerechtshof verplicht wordt om zelf de beslissing behoorlijk te verwoorden. In deze zaak had het Gerechtshof echter wel een aantal overwegingen gegeven die tot de beslissing hebben geleid, zoals een verwijzing naar een concreet belang van de minderjarige en naar de bijzondere omstandigheden van het geval die een OTS hier noodzakelijk maakten. Deze overwegingen waren door het Hof overigens niet gebruikt om concreet te motiveren dat aan de grond voor OTS was voldaan. Dit maakt dat de uitspraak van de Hoge Raad nog minder bevredigend is. In plaats van een interpretatie van het oordeel van een rechter dat afgeleid wordt van een standaardmotivering (waarmee men tenslotte alle kanten op kan), had door de Hoge Raad ook gewezen kunnen worden op de overwegingen die vooraf gingen aan deze standaardzin en die wel meer concreet waren geformuleerd. De ‘inleestechniek’ van de Hoge Raad, waarbij uit de enkele verwijzing naar het oordeel van de rechter in eerste aanleg een eigen rechterlijk oordeel wordt afgeleid zonder dat daar een motiveringsplicht tegenover staat, dient alleszins ontmoedigd te worden.

Op grond van het bovenstaande blijkt het zeer moeilijk haalbaar om een uitspraak inzake kindbescherming in cassatie aan te tasten door te stellen dat de uitspraak niet voldoende is gemotiveerd. Zelfs als de lagere rechter niet is ingegaan op bepaalde stellingen van partijen, hoeft dit niet uitdrukkelijk te worden gemotiveerd.<sup>57</sup> Zo beslist de Hoge Raad op 25 april 1997 in een zaak waar een verzoek tot gedwongen ontheffing is afgewezen op het cassatiemiddel dat het Gerechtshof niet zonder motivering aan een bepaalde stelling had mogen voorbijgaan slechts dat het oordeel van het Hof “*alleszins voldoende was gemotiveerd*.”<sup>58</sup> In casu ging het om de vraag of aan de bereidverklaring van vader om zijn kinderen verder in het pleeggezin te laten opgroeien voldoende vertrouwen kon worden ontleend. In deze zaak was de vader veroordeeld wegens doodslag van de moeder en hadden de twee oudere kinderen duidelijk laten blijken dat zij niets meer met hun vader te maken wilden hebben.<sup>59</sup> Het Gerechtshof ging er van uit dat, “*nu anderszins niet aannemelijk is geworden, de man zijn herhaalde toezegging zijn kinderen niet te zullen weghalen uit het pleeggezin en te laten opgroeien in dat pleeggezin gestand zal doen*” en vernietigde de uitspraak van de kinderrechter tot gedwongen ontheffing. Hierbij is het Gerechtshof niet ingegaan op de stelling van de pleegmoeder dat er wel degelijk vrees bestond dat vader in de nabije toekomst zijn ouderlijk gezag zou laten gelden. Blijkbaar leest de Hoge Raad in de zinsnede ‘nu anderszins niet aannemelijk is geworden’ dat het Gerechtshof wel degelijk op de stelling van pleegmoeder was ingegaan. Hoe kan anders worden verklaard dat de rechter een argument van verweerder in hoger beroep zomaar laat liggen zonder enige motivering? Door het gebruik van deze manier van ‘inlezen’ kan elke aangevoerde stelling zonder duidelijke motivering worden verworpen; dit lijkt mij een ernstige aantasting van de

---

56 Vgl. EHRM 19 december 1997, Helle-Finland, Reports 1997 (zie par. 2.3).

57 Vgl. EHRM 21 januari 1999, García Ruiz-Spain, NJB 12 februari 1999, afl. 6, p. 256 (zie par. 2.3).

58 HR 25 april 1997, NJ 1997, 596.

59 Zie over deze uitspraak ook Bruning (1998), p. 111-112.



rechtspositie van de justitiabele en het levert geen bijdrage aan het vertrouwen in rechterlijke beslissingen.

In het arrest van 17 juni 1977 reageert de Hoge Raad op het cassatiemiddel dat het Gerechtshof in zijn beschikking inzake het opleggen van een OTS niet is ingegaan op alle door de ouders aangevoerde argumenten dat dit middel er ten onrechte van uit gaat *“dat het Hof bij zijn oordeelsvorming aan deze argumenten geen aandacht zou hebben geschonken, terwijl, voor zover het middel wat dit betreft bedoelt te klagen over een gebrek aan motivering van ’s Hofs beschikking, het uitgaat van zwaardere motiveringseisen dan die het recht aan beschikkingen als deze stelt.”*<sup>60</sup> De Hoge Raad lijkt ook hier te willen stellen dat een summiere motivering meer impliceert dan vaak verondersteld wordt (opnieuw de bekende ‘inleestechiek’) en dat partijen uit een standaardmotivering een aantal overwegingen kunnen aflezen en er van uit kunnen gaan dat aan al hun aangevoerde argumenten aandacht is besteed. Dit vraagt mijns inziens wel veel van partijen, die juist bij een beslissing tot interventie in hun gezinsleven terecht meer verwachten van een rechtvaardiging van een dergelijke beslissing. Verder wordt door de Hoge Raad benadrukt dat voor OTS-beschikkingen geen zware motiveringseisen gelden. Dit pleit nu niet bepaald voor meer rechterlijke aandacht voor adequate motiveringen.

Onlangs heeft de Hoge Raad in een tweetal zaken verrassend als volgt overwogen: *“het toepassen van een maatregel van OTS betekent een inmenging in het gezinsleven van ouder(s) en kind. Deze maatregel is slechts gerechtvaardigd indien zij berust op de in de wet aangegeven gronden en dient ter bescherming van het belang van het kind. De rechter die de maatregel uitspreekt zal in zijn beschikking niet alleen moeten vermelden dat deze beide gronden aanwezig zijn, doch ook moeten aangeven op grond van welke gegevens hij tot zijn oordeel is gekomen dat de minderjarige zodanig opgroeit dat zijn zedelijke of geestelijke belangen of zijn gezondheid ernstig worden bedreigd, en andere middelen ter afwending van die bedreiging hebben gefaald of zullen falen.”*<sup>61</sup> In beide zaken ging het om de vraag of een OTS kan worden uitgesproken met het enkele doel om een omgangsregeling tot stand te brengen tussen een (jong) kind en de niet-verzorgende ouder. Hoewel in beide zaken de verzoeker in cassatie niet-ontvankelijk is verklaard vanwege het feit dat de termijn van de OTS inmiddels was verstreken en er daarom geen belang meer was bij het cassatieberoep, heeft de Hoge Raad gezien het belang van de aan de orde zijnde rechtsvraag toch een nadere overweging gegeven. Het valt te hopen dat dit standpunt een ommekeer zal betekenen in de tot nog toe terughoudende opstelling van de Hoge Raad waar het gaat om de rechterlijke motiveringsverplichting bij het uitspreken van een maatregel van kinderbescherming, en dat dit standpunt niet slechts beperkt blijft tot het gebruik van een OTS bij omgangsproblematiek.

#### 8.4.3 Conclusie

Zoals uit het voorgaande is gebleken, kan zowel de kwalificatiebeslissing als de motivering van een rechterlijke beslissing omtrent de vraag of een bepaalde gezinssituatie voldoende grond biedt voor het rechtmatig opleggen of verlengen van een maatregel van kinderbescherming nauwelijks worden getoetst door een

---

60 HR 17 juni 1977, NJ 1977, 564.

61 HR 13 april 2001, AB1009, R00/092HR en AB1073, R00/123HR, r.o. 3.3. Zie ook hfst. 7, par. 2.6.

cassatierechter. De Hoge Raad heeft zijn eigen taak beperkt door het standpunt in te nemen dat een kwalificatiebeslissing zodanig met de feitelijke toetsing is verweven, dat deze in cassatie niet of slechts marginaal wordt getoetst. Dit blijkt ook uit de arresten van de Hoge Raad die in paragraaf 4.1 zijn besproken: een cassatiemiddel dat zich richt tegen een onjuiste kwalificatie van de feiten aan de open normen voor het uitspreken van een OTS of ontheffing wordt enkel verworpen door te stellen dat dit een beslissing is van feitelijke aard, die in cassatie niet op juistheid kan worden onderzocht. Zowel ter bevordering van uniformiteit in de rechtspraak als ter controle van een juiste toepassing van het recht<sup>62</sup> is het mijns inziens noodzakelijk dat de Hoge Raad de kwalificatiebeslissing bij het uitspreken van een maatregel van kinderbescherming volledig toetst. De vraag welke feiten voldoende grond opleveren voor het opleggen van gedwongen hulpverlening aan een gezin is namelijk essentieel bij een rechtmatigheidstoetsing, waar appellanten recht op hebben. De Hoge Raad zou zich in dit soort zaken dan ook minder terughoudend moeten opstellen. Zolang een rechter een ruime mate van beoordelingsvrijheid heeft bij de beslissing tot het wel of niet opleggen van een maatregel van kinderbescherming, waarbij hij open normen invult, en deze beslissing niet in cassatie kan worden getoetst, wordt de uniformiteit in de rechtspraak niet bevorderd en heeft een rechtmatigheidstoetsing in cassatie geen inhoud. Het valt dan ook te hopen dat de Hoge Raad in de toekomst in kinderbeschermingszaken een meer actieve houding zal innemen in navolging van haar recent ingenomen standpunt omtrent rechterlijke motivering bij de toepassing van een maatregel van OTS om een omgangsregeling tot stand te brengen.<sup>63</sup>

Dit geldt ook voor de cassatietoetsing van de rechterlijke motivering bij het opleggen van een maatregel van kinderbescherming. De Hoge Raad stelt hierbij geen hoge eisen aan de rechterlijke motiveringsplicht en leidt uit een standaardmotivering van een hogere rechter af dat deze rechter hetzelfde standpunt inneemt als de kinderrechter in eerste aanleg. Geconstateerd is dat in cassatie slechts beperkt wordt getoetst aan rechterlijke motivering en dat de Hoge Raad spijtig genoeg het motiveringsvereiste bij kinderbeschermingszaken in belangrijke mate heeft beperkt, ook door gebruik van deze 'inleestechiek'. Dit laatste dient vooral niet aangemoedigd te worden. Een justitiabele heeft recht op een rechtvaardiging van het door de rechter uitspreken van een maatregel tot gedwongen hulpverlening aan het gezin door middel van een deugdelijke rechterlijke motivering. Ook in cassatie dient het belang van een duidelijke motivering van de beschikking voorop te staan.

Gezien het hierboven besproken standpunt van de Hoge Raad is de kans op succes bij het instellen van cassatie naar aanleiding van het uitspreken van een maatregel van kinderbescherming op dit moment zeer klein zolang het gaat om de vraag of de gezinssituatie zodanig was dat rechtsgeldig een kinderbeschermingsmaatregel kon worden opgelegd. Dit verklaart ook waarom er zo weinig gepubliceerde uitspraken van de Hoge Raad zijn betreffende de maatregelen van kinderbescherming. Rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezin bij toepassing van een kinderbeschermingsmaatregel kan dan nog slechts worden gevonden in de motivering van de rechter in eerste en tweede aanleg.

---

62 Twee doeleinden van de cassatierechtspraak; zie hierover Korthals Altes in BRv (losbl.), art. 99 RO, nr. 2.

63 HR 13 april 2001, AB1009, R00/092HR en AB1073, R00/123HR.

## 8.5 Toetsing en motivering in hoger beroep

### 8.5.1 *Inleiding*

Als de rechterlijke motivering van een beslissing tot overheidsinterventie in het gezin door gebruik van een kinderschermingsmaatregel in cassatie maar beperkt kan worden getoetst, en de kwalificatiebeslissing (zijn de vastgestelde feiten voldoende voor toepassing van een kinderschermingsmaatregel?) als zijnde een gemengde beslissing niet kan worden getoetst in cassatie, kan de beslissing van een kinderrechter slechts volledig worden getoetst in hoger beroep. Voor belanghebbenden biedt alleen het hoger beroep de mogelijkheid om een beslissing van de kinderrechter opnieuw volledig te laten toetsen door het Gerechtshof. Door het instellen van hoger beroep kan een belanghebbende de hogere rechter laten beoordelen of het gebruik van een kinderschermingsmaatregel in een bepaald gezin onder bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd is.

Ook kan meer in het algemeen worden vastgesteld wanneer een gezinsinterventie door de overheid bij gebruik van een maatregel van kinderscherming gerechtvaardigd is. Bestudering van uitspraken in hoger beroep zou kunnen leiden tot meer duidelijkheid omtrent de toepassing van de maatregelen. Omdat een beslissing van de kinderrechter in eerste aanleg meestal summier is en veelvuldig gebruik wordt gemaakt van standaardmotiveringen, lijkt een uitspraak bij een Gerechtshof het aangewezen middel om rechtvaardiging van overheidsinterventie af te leiden. Dan moet echter wel door de rechter in hoger beroep voldaan zijn aan de motiveringsplicht bij het toetsen van een beschikking van de kinderrechter.

Nu geen duidelijke directe rechtvaardiging voor een overheidsinbreuk in het gezinsleven kan worden gevonden in de gronden en de doelstellingen van de maatregelen voor kinderscherming, en rechterlijke uitspraken in cassatie en in eerste aanleg in hun motivering niet veel te bieden hebben, lijkt een laatste mogelijkheid ter beantwoording van de vraag hoe overheidsinterventie in het gezin bij kinderscherming wordt gerechtvaardigd een bestudering van uitspraken in hoger beroep. Hierbij moeten de grenzen aan toetsing door de hogere rechter in ogeschouw worden genomen.

### 8.5.2 *Toetsing in hoger beroep*

Het Nederlandse rechtstelsel biedt de burger de garantie tot twee rechterlijke instanties die feitelijk en juridisch toetsen. Met de mogelijkheid van hoger beroep heeft een partij de kans om een meer gunstige beslissing te krijgen en om eigen processuele fouten te herstellen.<sup>64</sup> De appèlrechter toetst een beslissing van de rechter in eerste aanleg en is hierbij niet beperkt tot een enkel juridische toetsing zoals de cassatierechter. Maar er is wel een andere beperking aan de toetsing door de appèlrechter gesteld. De rechter kan in hoger beroep alleen oordelen over de grieven zoals deze door partijen naar voren zijn gebracht. Als 'grieven' oftewel 'gronden', zoals in art. 429d lid 1 Rv voor verzoekschriften is geformuleerd, gelden alle gronden die een appellant aanvoert om te betogen dat de bestreden uitspraak moet worden vernietigd. Het grievenstelsel, dat zowel

---

64 Zie Wedeven, BRv (losbl.), boek 1 art. 332, nr. 7.

geldt voor vonnissen als voor beschikkingen, is niet duidelijk uit de wet af te leiden maar geldt op grond van vaste jurisprudentie van de Hoge Raad. Als in hoger beroep geen grieven worden aangevoerd, volgt niet-ontvankelijk-verklaring.<sup>65</sup>

Het grievenstelsel heeft niet als gevolg dat de rechter niet volledig meer kan toetsen. Als één of meer grieven gegrond worden bevonden, moet de appèl-rechter opnieuw volledig over de zaak beslissen. Dit wordt ook wel de devolutieve werking van het appèl genoemd en heeft als gevolg dat de appèlrechter een zaak niet mag terugverwijzen maar zelf de verdere beoordeling van de zaak op zich moet nemen.<sup>66</sup>

Juist in familiezaken kunnen de feitelijke omstandigheden vanaf de datum van het instellen van hoger beroep tot de behandeling in hoger beroep zijn gewijzigd. De appèlrechter dient dan ook met de wijziging van omstandigheden bij zijn beslissing rekening te houden. Hij zal voor zover hij kennis krijgt van de gewijzigde omstandigheden deze in zijn beslissing meenemen. *“Partijen zouden veelal weinig gebaat zijn met een oordeel over de al dan niet juistheid van de beslissing van de eerste rechter in het licht van de omstandigheden, zoals die waren op het ogenblik van diens beslissing, wanneer die omstandigheden inmiddels andere zijn geworden”*, aldus Wedeven.<sup>67</sup> In OTS-zaken waarover door de appèlrechter wordt beslist en waarbij de voornaamste grief luidt dat niet aan de grond voor de maatregel is voldaan, leidt dit vaak tot de conclusie dat er geen belang meer is in hoger beroep omdat de termijn van OTS of UHP inmiddels is verlopen en appellanten daarom niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. Ook bij het opleggen van de tijdelijke maatregel van voorlopige voogdij, die kortdurend is, is meestal de termijn verstreken voordat het ingestelde beroep wordt behandeld. Ook dan kan geen uitspraak worden gedaan over de rechtmatigheid van de interventie. Over deze problematiek zal in het volgende hoofdstuk worden ingegaan, waarbij ook zal worden geanalyseerd hoe vaak een Gerechtshof tot niet-ontvankelijkheid beslist. Wat hier alvast kan worden genoemd, is dat het onbevredigend is dat juist bij de OTS met UHP, namelijk de meest opgelegde maatregel van kinderscherming, vaak de mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep op deze manier illusoir wordt gemaakt.<sup>68</sup> Dit heeft tot gevolg dat de rechtmatigheid van het opleggen van de maatregel op geen enkele manier getoetst kan worden. De summiere rechtvaardiging die uit de (standaard)motivering van de kinderrechter is af te leiden is niet toereikend.

### 8.5.3 Motivering in hoger beroep

Het eerder besproken motiveringsvereiste geldt ook voor de motivering van de uitspraak in hoger beroep. Omdat er geen verplichte procesvertegenwoordiging is in kinderschermingszaken in eerste aanleg, komt het vaak voor dat belanghebbenden pas in hoger beroep in rechte worden vertegenwoordigd. Dan zullen

---

65 Zie over het grievenstelsel en de tegenstanders hiervan Ras (1992), hfst. 2. Ras ziet in het grievenstelsel een proceseconomisch voordeel, namelijk niet elk geschil hoeft in zijn geheel opnieuw te worden behandeld, en een voordeel in het feit dat het grievenstelsel procesbespoedigend werkt en dat een op de relevante punten gericht debat bevorderd wordt.

66 Zie over de devolutieve werking uitgebreid Ras (1992), hfst. 3. Zie ook bijv. HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 571.

67 Wedeven, BRv (losbl.), boek 1 art. 332, nr. 12.

68 Zie ook Doek in Vademecum Burgerlijk Procesrecht, hfst. 13 (*‘Hoger beroep, cassatie en genoegzaam belang. Hoe illusoir zijn de rechtsmiddelen?’*).

ook pas in hoger beroep duidelijke grieven op schrift worden gesteld. De appèl-rechter dient in zijn motivering in te gaan op de grieven. Een vonnis, dat door de eerste rechter onvoldoende met redenen omkleed was, kan niettemin worden bekrachtigd met verbetering van de motivering.<sup>69</sup>

Indien de grieven geen andere stellingen bevatten dan de grieven die bij het proces in eerste aanleg zijn aangevoerd, kan de appèlrechter ter verwerping van die grieven volstaan met de overweging dat hij zich verenigt met de motivering van de eerste rechter. Uit een arrest van de Hoge Raad van 17 november 1989 volgt echter dat als de grieven in hoger beroep nieuwe punten bevatten, de hogere rechter niet kan volstaan door te verwijzen naar de motivering van de rechter in eerste aanleg. In deze zaak was appellante bij de behandeling van de zaak in eerste aanleg in de beginfase niet vertegenwoordigd door een raadsman maar had zij zelf met enige brieven verweer gevoerd. Vervolgens werd zij op de zitting voor de rechter in eerste aanleg bijgestaan door een advocaat, die mondeling verweer heeft gevoerd. Het beroepschrift in hoger beroep bevatte pas een overzicht van het geheel van stellingen, waarvan slechts één grief geen nieuwe punten bevatte. De Hoge Raad is de mening toegedaan dat de hogere rechter *“in deze omstandigheden... niet kon volstaan met de motivering die zij heeft gegeven en die zich beperkt tot de overweging dat zij ‘tot eenzelfde eindbeslissing als de kantonrechter komt’, zulks ‘met volledige overname van gronden’ en dat wel ‘op grond van de overgelegde stukken en hetgeen ter terechtzitting als aanvulling en toelichting naar voren is gekomen.’*<sup>70</sup>

Zoals al eerder is gesteld<sup>71</sup>, wordt in kinderbeschermingszaken (waarvoor bij de behandeling door de kinderrechter geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt) vaak pas in hoger beroep een advocaat betrokken die de grieven duidelijk op schrift kan zetten. Deze grieven zullen mijns inziens altijd verschillen van de grieven bij het proces in eerste aanleg, al is het maar vanwege het tijdsverloop en vanwege het feit dat meestal pas in hoger beroep juridische bijstand wordt verleend en daarom de grieven pas dan in een juridisch kader worden geplaatst. Het valt dan ook te hopen dat de appèlrechter zal aannemen dat de grieven in hoger beroep inzake een uitspraak omtrent een kinderbeschermingsmaatregel nieuwe punten bevatten en daarom niet met een enkele verwijzing naar de motivering van de rechter in eerste aanleg kunnen worden afgedaan. Op de vraag in hoeverre de rechter in hoger beroep zich in de praktijk houdt aan het motiveringsvereiste en welke invulling aan het motiveringsvereiste wordt gegeven, kan hopelijk antwoord worden gegeven naar aanleiding van een empirisch onderzoek naar beschikkingen van de Gerechtshoven inzake beslissingen tot OTS met of zonder UHP in het jaar 1997, dat in het volgende hoofdstuk zal worden besproken.

---

69 HR 4 december 1964, NJ 1965, 157; zie Wedeven, BRv (losbl.), boek 1 art. 332, nr. 13.

70 HR 17 november 1989, NJ 1991, 336, r.o.3.4. Zie ook Ras (1992), nr. 23.

71 Zie par. 2.3.

## 9 Rechterlijke motivering OTS in hoger beroep

### 9.1 Inleiding

Nu de Nederlandse wetgever bij het opleggen van een maatregel van kinderscherming open normen heeft opgenomen in de wet om zodoende in alle mogelijke situaties waar de minderjarige bescherming verdient te kunnen ingrijpen, is in de wettelijke gronden voor een kinderschermingsmaatregel geen voldoende duidelijke rechtvaardiging te vinden voor overheidsinterventie in het gezin. Nu de doelstellingen bij het opleggen van een maatregel ook niet duidelijk te herleiden zijn, rest niets anders dan bij de toetsing van de directe rechtvaardiging voor de inbreuk in het gezinsleven de rechterlijke motiveringen te bestuderen. Voor een zinvolle bestudering van de motivering van de rechter bij toepassing van een kinderschermingsmaatregel is het wel nodig dat deze voldoende concreet en uitgebreid is.

Uitspraken van de rechter in eerste aanleg bestaan vaak uit standaardformuleringen, zoals *‘naar aanleiding van hetgeen op de zitting naar voren is gebracht en uit de stukken is gebleken, is de rechter van mening dat aan de grond van art... is voldaan.’*<sup>1</sup> Hierover valt slechts te constateren dat de motivering te summier is en zou behoren te vermelden welke factoren hebben geleid tot het van toepassing zijn van de rechtsgrond voor een bepaalde maatregel. Hoewel soms goede redenen bestaan om niet uitgebreid te motiveren, bijvoorbeeld omdat alle partijen akkoord zijn met een bepaalde rechtsbeslissing, mag dit er niet toe leiden dat slechts dan meer uitgebreid wordt gemotiveerd wanneer een hoger beroep dreigt of wanneer partijen zijn bijgestaan door een advocaat. In dat geval zou door de rechter slechts gemotiveerd worden voor de advocaat of voor de raadsheren van het Gerechtshof, en niet ter rechtvaardiging aan de justitiabele. Een rechterlijke motivering zou in de eerste plaats juist aan de direct belanghebbenden moeten zijn gericht, ook al wordt op de zitting een mondelinge toelichting gegeven. Toch lijkt het er voorzichtig gezegd in de rechtspraak op dat uit een schriftelijke motivering van een kinderrechter omtrent de toepassing van een maatregel van kinderscherming geen duidelijke beweegredenen van de rechter zijn te achterhalen.

Zoals in het vorige hoofdstuk is besproken, kan ook geen rechtvaardiging voor overheidsinterventie in het gezin worden afgeleid van een motivering van de cassatierechter, simpelweg omdat in cassatie geen feitelijke beslissingen worden getoetst en een kwalificatiebeslissing (voldoen de feiten aan de rechtsgrond voor een maatregel?) als zodanig wordt beschouwd. Ook is er in de literatuur wel op gewezen dat uitspraken van de Hoge Raad niet kunnen en mogen dienen als bron bij wetenschappelijk onderzoek, vooral vanwege de aard van het materiaal en omdat de onderzoeksbron dan bestaat uit een op grond van onduidelijke criteria geselecteerde serie rechterlijke uitspraken.<sup>2</sup> Bovendien is het aantal uitspraken van de Hoge Raad inzake een maatregel van kinder-

---

1 Dit blijkt ook uit de interviews met kinderrechters die door mij zijn gehouden in het kader van de wetsevaluatie OTS, uitgevoerd door het Verwey-Jonker Instituut in 2000.

2 Zie bijv. Combrink-Kuiters (1998), p. 75 en 299 e.v.; het zou gaan om exceptionele, niet representatieve gevallen en de bevindingen van de Hoge Raad kunnen niet zomaar worden geprojecteerd op meer feitelijke beslissingen van lagere instanties.

bescherming zeer laag. Voor de relevante uitspraken waartegen hoger beroep wordt ingesteld, is na een uitspraak van het Gerechtshof meestal het eindpunt in een procedure bereikt. Dit zijn de redenen waarom is gekozen om juist de uitspraken van de Gerechtshoven nader te bestuderen.

In dit hoofdstuk zullen de resultaten worden gepresenteerd van het empirisch onderzoek naar de inhoud van beschikkingen in kinderbeschermingszaken van Gerechtshoven, dat is uitgevoerd om de directe rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezin bij de toepassing van maatregelen van kinderbescherming in kaart te brengen. Het onderzoeksbestand dat is gebruikt voor de analyse bestaat uit alle uitspraken in hoger beroep betreffende een OTS met of zonder UHP in 1997.<sup>3</sup> De keuze voor de beslissingen omtrent een OTS is gemakkelijk te rechtvaardigen omdat dit immers de maatregel is die het meest wordt toegepast, waardoor de meeste beschikkingen in hoger beroep van een maatregel van kinderbescherming een OTS betreffen.<sup>4</sup> De beschikkingen zijn slechts uit één jaar bestudeerd, omdat het uit praktisch oogpunt (de tijd die gemoeid was met het verzamelen en analyseren van de beschikkingen) niet haalbaar was om de beschikkingen uit meerdere jaren te bestuderen.

Behalve het doel om te toetsen of, en zo ja op welke manier, het overheidsoptreden door toepassing van de OTS in de schriftelijke motivering van de hogere rechter wordt gerechtvaardigd, kon in dit empirisch onderzoek nog een andere doelstelling worden meegenomen. De nieuwe OTS-regeling, zoals deze sinds 1995 geldt, heeft onder andere meer rechtswaarborgen beoogd voor belanghebbenden. Daarom hebben bijvoorbeeld de ouder met gezag en de minderjarige in de leeftijd van twaalf jaar en ouder de mogelijkheid om tegen een aantal beslissingen van de GVI of van de kinderrechter beroep in te stellen om de rechtmatigheid te toetsen. Heeft de herziening van de OTS-regeling echter in alle opzichten tot een voldoende mate van rechtsbescherming voor belanghebbenden geleid? Ook op deze vraag zal getracht worden naar aanleiding van de resultaten uit de analyse van beschikkingen in hoger beroep een antwoord te geven. In dit hoofdstuk worden hiertoe de resultaten van het empirisch onderzoek naar de motivering van de Hofbeschikkingen gepresenteerd.

De methode van aanpak bij het empirisch onderzoek is de volgende: nadat alle relevante beschikkingen bij de Gerechtshoven waren verzameld (ongeveer 50 per Gerechtshof; in totaal 271 beschikkingen),<sup>5</sup> zijn met behulp van een factorenlijst de beschikkingen geanalyseerd. De factorenlijst bestaat uit een aantal formele factoren over de procesgang en de eindbeslissing en een aantal materiële factoren over de toetsing van de beslissing van de kinderrechter door het

---

3 Dit jaar is gekozen omdat de nieuwe OTS-regeling, die op 1 november 1995 in werking is getreden, toen al ruim een jaar van toepassing was, en in 1998 met dit empirisch onderzoek een aanvang is gemaakt.

4 Het aantal ontheffingen/ontzettingen per Gerechtshof in 1997 betrof minder dan 5. Een maatregel tot voorlopige voogdij kan in hoger beroep in de praktijk nauwelijks tot nooit worden getoetst omdat de termijn van deze maatregel bij de behandeling in hoger beroep al is verlopen en er daarom geen belang meer is bij het instellen van hoger beroep, zodat een niet-ontvankelijkverklaring zal volgen.

5 Het totale aantal OTS-beschikkingen in hoger beroep in 1997 is niet met zekerheid vast te stellen omdat dit niet door een centrale instantie wordt geregistreerd. Door gebruikmaking van de computerbestanden van de Gerechtshoven is op een zo zorgvuldig mogelijke wijze gepoogd om per Gerechtshof alle relevante beschikkingen te verzamelen. Indien een OTS-beschikking meerdere minderjarigen in een gezin betrof, is per minderjarige geteld. Indien zowel tegen de (verlenging) OTS als tegen de (verlenging) machtiging UHP beroep werd ingesteld, is dit als één beschikking gerekend.

Gerechtshof. Uit de metingen van de formele factoren valt bijvoorbeeld af te leiden hoe vaak hoger beroep is ingesteld, door wie, waartegen beroep is ingesteld, wat de uitspraak van het Gerechtshof is, wat de lengte van de procedure is, en hoe de verhoudingen bij deze vragen zijn tussen de verschillende Gerechtshoven. Ook is gemeten welke problematiek speelde bij de ouders en kinderen die te maken kregen met een OTS. De materiële factoren geven weer hoe de hogere rechter getoetst heeft: is het wetscriterium gebruikt in de beschikking in hoger beroep, en zo ja, hoe? Op welke manier heeft de hogere rechter de beslissing van de rechter in eerste aanleg getoetst? Is de rechtmatigheid van de OTS-maatregel expliciet getoetst en heeft de hogere rechter in de beschikking aanwijzingen gegeven aan de rechter in eerste aanleg en/of aan de GVI? Ook bij deze factoren is gekeken hoe de verhoudingen zijn tussen de verschillende Gerechtshoven.

## 9.2 Resultaten

### 9.2.1 *Formele factoren*

#### 9.2.1.1 *Appellanten en reden van appel*

In 1997 is in Nederland 271 keer hoger beroep ingesteld tegen een beschikking van de kinderrechter betreffende een OTS. In 259 zaken gaat het om een eerste OTS of een verlenging OTS en/of een machtiging UHP. Aangezien in 1997 het aantal OTS-pupillen 18.698 bedraagt en dit betekent dat in 1997 ook minstens even vaak een beslissing in het kader van een OTS is genomen,<sup>6</sup> is het percentage beschikkingen OTS en/of machtiging UHP van de kinderrechter waartegen hoger beroep wordt ingesteld minder dan 2%. Dit is mijns inziens laag in verhouding tot de civiele uitspraken waartegen hoger beroep wordt ingesteld, vooral als men bedenkt dat een beschikking van een kinderrechter meestal een standaardmotivering inhoudt waaruit niet duidelijk blijkt wat de gronden voor justitieel ingrijpen zijn.<sup>7</sup> Hoewel een aantal OTS-beslissingen genomen wordt met instemming van alle partijen, zal het ook vaak zo zijn dat niet alle partijen overtuigd zijn van de noodzaak tot gedwongen hulpverlening. Dat slechts in minder dan 2% van alle OTS-zaken hoger beroep wordt ingesteld, kan betekenen dat in de meeste zaken belanghebbenden zich neerleggen bij de beslissing van de kinderrechter. Misschien accepteren zij de beslissing ook omdat de kinderrechter, hoewel deze een standaardmotivering heeft opgenomen in de beschikking, belanghebbenden op de zitting heeft overtuigd van de rechtmatigheid van de beslissing. Ook kan het feit dat veel partijen niet in rechte worden vertegenwoordigd bij de zitting in eerste aanleg ertoe bijdragen dat weinig hoger beroep wordt ingesteld. Als het gaat om een verlenging van de OTS en/of de machtiging UHP, hebben belanghebbenden misschien ook het geloof verloren in het instellen van hoger beroep als zij dit al eerder hebben geprobeerd en het hoger beroep niet tot succes heeft geleid. Wat de redenen voor het niet instellen van

---

6 Het kan voorkomen dat, bijv. als een machtiging UHP korter dan een jaar loopt, in één jaar meer beslissingen in een OTS-zaak worden genomen.

7 Het percentage voor beroep vatbare civiele uitspraken (algemeen) waarvan appel of cassatie wordt ingesteld bedraagt volgens Snijders en Wendels (1992) in de afgelopen decennia minder dan 5%.



hoger beroep ook mogen zijn, naar mijn mening is het lage percentage appèlzaken bij OTS-beslissingen opmerkelijk.

Er is geen duidelijk verschil tussen het instellen van hoger beroep tegen een eerste OTS of machtiging UHP en tegen een verlenging OTS of machtiging UHP. Zowel tegen een eerste beslissing omtrent OTS en/of machtiging UHP als tegen een verlengingsbeslissing wordt in een vergelijkbaar aantal zaken hoger beroep ingesteld.

Hoger beroep wordt voornamelijk ingesteld door ouders: in 88% van alle zaken hebben ouders samen of heeft één van beide ouders beroep ingesteld. Indien één ouder beroep heeft ingesteld, is dat meestal de moeder (52%) en minder vaak de vader (16%). Dit valt te verklaren uit het feit dat het bij gezinnen die met een OTS te maken krijgen relatief vaak om een eenoudergezin gaat waarin de moeder haar kind(eren) alleen opvoedt. Ouders die zijn betrokken bij een OTS, hebben vaak een (echt)scheiding achter de rug.<sup>8</sup> De minderjarige in de leeftijd van twaalf jaar of ouder gaat in 5% van alle hoger-beroepzaken zelf (2%) of met behulp van een bijzonder curator (3%) in appèl. De RvdK en de GVI stellen zelden hoger beroep in tegen een OTS-beschikking van de kinderrechter (samen slechts in 5,5%). De beschikkingen waartegen de RvdK hoger beroep heeft aangetekend zijn alle afwijzingen op een verzoek tot OTS en/of machtiging UHP. De GVI heeft even vaak hoger beroep ingesteld tegen een beschikking tot afwijzing van het verzoek OTS en/of machtiging UHP. Tenslotte gaat een verzorger van de minderjarige ook nauwelijks in appèl tegen een beschikking (1,5%).

Als hoger beroep wordt aangetekend tegen een beslissing omtrent een machtiging UHP, gaat het in de helft van het aantal gevallen om een pleeggezinplaatsing. Dit valt te verklaren uit het feit dat juist het verblijf van een minderjarige in een pleeggezin voor ouders moeilijk te accepteren is, omdat er dan gevoelsmatig sprake is van vervangend ouderschap door pleegouders. Indien hoger beroep wordt ingesteld tegen een pleeggezinplaatsing, zijn de ouders (samen of alleen) altijd de verzoekers. Ook de andere zaken waarin hoger beroep is ingesteld tegen een machtiging UHP zijn door ouders ingesteld. Een uitzondering is het hoger beroep tegen een gesloten plaatsing: slechts één derde van dit aantal zaken in hoger beroep is ingesteld door ouders, twee derde is ingesteld door de minderjarige zelf.

Beroep tegen:	%	Beroep ingesteld door:	%	Beroep tegen soort MUHP:	%
Eerste OTS	22,1	Moeder met gezag	51,7	Voorziening voor pleegzorg	48,6
Verlenging OTS	11,8	Vader met gezag	5,5	Gesloten plaatsing	13,9
Eerste OTS+MUHP	7,7	Ouders met gezag	20,7	Tehuis verz. + opv.	19,4
Verlenging OTS+MUHP	8,5	Mj 12+ en bijz.curator	1,8	Tehuis verz.+opv.+ beh.	9,0
Eerste MUHP	22,1	Mj 12+ geen bijz.curator	3,3	Crisisplaatsing	3,5
Verlenging MUHP	17,7	RvdK	1,8	Observatietehuis	2,8
Aanwijzing	0,7	GVI	3,7	Overig	2,8
Afwijzing OTS/MUHP	5,2	Verzorger	1,5		
Overig	3,7				

8 Dit blijkt ook uit de resultaten van Komen (1999) in haar dossieronderzoek naar OTS; het aantal gescheiden ouders in de onderzochte OTS-dossiers is in de jaren tachtig en negentig gestegen tot 76% van alle betrokken ouders bij een OTS. Ook blijkt (o.a. uit de ouderlijke uitkeringsafhankelijkheid) dat de OTS vooral de lagere sociale milieus treft (zie hfst. 1).

### 9.2.1.2 *Positie minderjarige in hoger beroep*

In 5% van alle OTS-zaken uit 1997 die in hoger beroep zijn behandeld, heeft de minderjarige zelf appèl ingesteld. Als een minderjarige hoger beroep instelt, is dit in het onderzoek nooit alleen omdat hij het niet eens is met een OTS, maar altijd omdat hij niet akkoord gaat met een UHP. De minderjarige stelt appèl in tegen een verlenging machtiging UHP (57%), tegen een eerste machtiging UHP (36%) of tegen een verlenging van de OTS met machtiging UHP (7%). Het is opvallend dat alle beslissingen waartegen een minderjarige hoger beroep heeft ingesteld een gesloten plaatsing betreffen (dat wil zeggen een UHP in een gesloten inrichting).<sup>9</sup> Dit valt te verklaren op grond van het feit dat de minderjarige bij een verzoek tot UHP in een gesloten inrichting automatisch een advocaat krijgt toegevoegd, die de minderjarige kan wijzen op de mogelijkheid van het instellen van hoger beroep en daarbij juridische ondersteuning kan bieden. Bij dit soort plaatsingen zien ouders veelal in dat er geen andere oplossing meer is. Vaak is er in deze situaties ook al sprake geweest van een langdurig hulpverleningstraject. Voor de minderjarige is het echter meestal moeilijk te accepteren dat hij of zij in een gesloten inrichting is geplaatst, waar ook minderjarige delinquenten een straf uitzitten.

In ruim 3% van het onderzoeksbestand stelt de minderjarige hoger beroep in zonder bijstand van een bijzonder curator; in 2% wordt het hoger beroep van de minderjarige door een bijzonder curator ingesteld. Het gaat hier om OTS-beslissingen waartegen de ouder geen hoger beroep heeft ingesteld en de minderjarige derhalve niet door deze is vertegenwoordigd. In dat geval is de normale gang van zaken dat op grond van art. 1:250 BW een bijzonder curator wordt benoemd voor het instellen van hoger beroep namens de minderjarige. In het Nederlandse civiele recht is de minderjarige namelijk procesonbekwaam, dat wil zeggen dat deze niet zelfstandig beroep kan instellen; hij of zij moet altijd worden vertegenwoordigd door een ouder of een bijzonder curator.<sup>10</sup>

In de OTS-regeling zoals deze geldt vanaf 1995 heeft de minderjarige van twaalf jaar of ouder wel de mogelijkheid gekregen om tegen bepaalde beslissingen zelfstandig bij de GVI of de kinderrechter beroep aan te tekenen. Op deze manier is de gemakkelijke en snelle toegang tot de kinderrechter, zoals dit in de OTS-regeling van vóór 1995 was geregeld, gewaarborgd en is de rechtspositie van de minderjarige in dit opzicht niet verslechterd.<sup>11</sup> De minderjarige is echter niet de mogelijkheid toegekend om zelfstandig hoger beroep in te stellen, ondanks het pleidooi daartoe door het College van Advies voor de Justitiële Kinderbescherming. De staatssecretaris van Justitie verwierp dit advies om de minderjarige in hoger beroep zelfstandig te laten procederen in OTS-zaken: *“Dit past niet in het stelsel van de wet en de gedachten van de regering over de rechtspositie van de minderjarige. De omstandigheid dat de minderjarige in het kader van een OTS in bepaalde gevallen zich zelfstandig tot de kinderrechter kan wenden, leidt niet tot de logische gevolgtrekking deze informele toegang ook te openen bij het gerechtshof... de minderjarige heeft ook thans geen infor-*

---

9 Zie par. 2.1.1.

10 In de literatuur is herhaaldelijk gepleit voor het toekennen van procesbevoegdheid aan minderjarigen. Zie o.a. de Raad voor het Jeugdbeleid en de NGR (1995), Fiege (1993) en Kloosterboer/Punsellie (1998).

11 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003 (MvT), nr. 3, p. 24.

*mele toegang tot dit college. De organisatie van het Hof lijkt daar ook minder op te zijn ingericht. De rechtstreekse toegang acht ik onnodig.”*<sup>12</sup>

Juist bij rechterlijke beslissingen tot het afgeven van een machtiging UHP in een gesloten inrichting zullen ouders vaak akkoord gaan met de plaatsing, terwijl de minderjarige de plaatsing onder streng regime juist wil aanvechten. Een gesloten plaatsing betreft namelijk een plaatsing in een inrichting voor justitiële kinderbescherming. In deze inrichtingen verblijven ook minderjarigen in voorlopige hechtenis en strafrechtelijk veroordeelde minderjarigen. De regels in de inrichtingen zijn streng (bijvoorbeeld voor wat betreft de bezoeksregeling, telefonisch contact en briefwisseling) en het zal voor minderjarige OTS-ers dan ook moeilijk te accepteren zijn dat zij in het kader van een maatregel van kinderbescherming aan deze regels worden onderworpen.

Voor een gesloten plaatsing geldt als voorwaarde dat het moet gaan om ernstige gedragsproblemen van de minderjarige.<sup>13</sup> Vaak is een lichtere vorm van hulpverlening of een ander soort UHP niet mogelijk gebleken of is dit niet voldoende om een gezinssituatie te verbeteren. Ouders realiseren zich bij dit soort problemen vaak dat een andere oplossing niet mogelijk is. Zij zullen de minderjarige dan ook niet willen vertegenwoordigen in hoger beroep. Nu de minderjarige bij een verzoek tot plaatsing in een gesloten inrichting een raadsman krijgt toegewezen (ex art. 1:261 lid 3 BW), ligt het voor de hand dat deze raadsman namens de minderjarige hoger beroep instelt. Als eerst de procedure tot het instellen van een bijzonder curator door de kantonrechter moet worden gevolgd, waarbij de raadsman waarschijnlijk tot bijzonder curator zal worden benoemd, kost dit onnodig veel tijd en is dit ook omslachtig.

In de rechtspraak is een aantal uitspraken gedaan over het zelfstandig instellen van hoger beroep door de minderjarige (via zijn raadsman) in zaken omtrent een zogenaamde ‘gesloten plaatsing’. Het Gerechtshof ’s-Gravenhage beslist op 19 december 1997 dat het zelfstandig hoger beroep van een minderjarige tegen een machtiging UHP in een gesloten inrichting (d.w.z. met behulp van zijn raadsman, maar zonder benoeming van een bijzonder curator) in casu niet-ontvankelijk is. Het Hof stelt hierbij dat deze in het verleden in spoedeisende gevallen een door de toegevoegde raadsman ten behoeve van de minderjarige ingesteld hoger beroep wel ontvankelijk heeft verklaard. In deze zaak heeft de minderjarige echter pas na een maand hoger beroep ingesteld. Het tijdsverloop is voor het Hof een reden om niet af te zien van de vertegenwoordiging door een bijzonder curator, *“te meer daar het het Hof bekend is, dat de kantonrechter verzoeken tot het benoemen van een bijzonder curator met bekwame spoed behandelt.”*<sup>14</sup>

Het Gerechtshof ’s-Hertogenbosch heeft in 1998 tweemaal een uitspraak gedaan over het zelfstandig hoger beroep door de minderjarige en zijn raadsman tegen een beslissing tot machtiging UHP in een gesloten inrichting. In beide zaken is het ingestelde hoger beroep ontvankelijk verklaard. In beide beslissingen wordt gewezen op het vrijheidsbenemende karakter van de gesloten plaatsing, dat ertoe leidt dat de minderjarige het recht heeft *“onverwijld te be-*

---

12 *Kamerstukken II*, 1992-1993, 23 003 (MvT), nr. 3, p. 25.

13 Het gaat dan ook om een vrijheidsbenemende maatregel; de gesloten plaatsing valt onder art. 5 lid 1d EVRM (vrijheidsbeneming van een minderjarige met het doel toe te zien op zijn opvoeding); zie Doek (1996).

14 Gerechtshof ’s-Gravenhage 19 december 1997, rekestnr. 639 H 97 en 780 H 97, in: FJR mei 1998, nr. 5, p. 124.

*schikken over juridische en andere passende bijstand, alsmede het recht de wettigheid van haar vrijheidsbeneming te betwisten ten overstaan van een rechter of een andere bevoegde onafhankelijke en onpartijdige autoriteit en op een onverwijld beslissing ten aanzien van het door de minderjarige ingestelde beroep, dit conform art. 5 lid 4 EVRM en art. 37d IVRK.*<sup>15</sup> In de beroepszaak van 11 februari 1998 worden als andere redenen voor de ontvankelijkverklaring van de minderjarige genoemd dat de benoeming van een bijzonder curator meer tijd kost in zaken waar spoed is geboden, dat een beslissing van de kantonrechter niet bij voorbaat vaststaat, en dat het omslachtig is om naast de regeling tot toevoeging van een raadsman bij plaatsing van een minderjarige in een gesloten inrichting ook de regeling tot benoeming van een bijzonder curator te handhaven.<sup>16</sup> Tenslotte wijst het Hof er in beide zaken op dat ook bij een strafrechtelijke vrijheidsbeneming van de minderjarige deze het recht heeft om op grond van art. 503 WvSv zelfstandig de rechtmatigheid te toetsen en zelfstandig het rechtsmiddel van appèl aan te wenden met behulp van de aan hem of haar toegevoegde raadsman. Op 27 oktober 1999 heeft het Hof Den Bosch zijn eerdere argumenten voor het ontvankelijk verklaren van een minderjarige die zelfstandig hoger beroep instelt tegen een gesloten plaatsing bekrachtigd.<sup>17</sup>

Uit het empirisch onderzoek blijkt dat de minderjarige in het zelfstandig ingestelde hoger beroep met de toegevoegde raadsman tegen een machtiging UHP in een gesloten inrichting enkele malen ontvankelijk is verklaard, en ook een paar keer niet-ontvankelijk is verklaard. In de zaken waarbij de minderjarige in het hoger beroep ontvankelijk is verklaard, gaat deze beslissing in tegen het standpunt van de staatssecretaris ten tijde van de parlementaire behandeling van de OTS-regeling uit 1995. Naar mijn mening zijn deze beslissingen, evenals de hierboven besproken zaken waarin het hoger beroep van de minderjarige ontvankelijk is verklaard, toe te juichen. De plaatsing in een gesloten inrichting is een dusdanige vrijheidsbeneming van de minderjarige, dat deze zoveel mogelijk rechtsbescherming verdient, helemaal nu het in theorie ‘slechts’ gaat om bescherming van de minderjarige en niet om het opleggen van een straf na bewezenverklaring van een strafbaar feit. Het is weinig bevredigend dat een minderjarige bij het instellen van hoger beroep tegen een gesloten plaatsing eerst aan de kantonrechter het verzoek moet doen tot benoeming van een bijzonder curator, terwijl hij of zij al wordt bijgestaan door een raadsman.

In deze zaken zou het hoger beroep van een minderjarige met behulp van de van rechtswege toegevoegde raadsman dan ook per definitie ontvankelijk moeten worden verklaard, zonder dat getoetst wordt aan het spoedeisend karakter van de zaak. Zolang rechters verschillend oordelen en toetsen aan de ontvankelijkheid van een zelfstandig ingesteld hoger beroep door de minderjarige en zijn of haar raadsman, is er sprake van onvoldoende rechtszekerheid. Pas als in zaken omtrent een gesloten plaatsing van een minderjarige een uniform beleid wordt gehanteerd door de rechterlijke macht, wordt de minderjarige voldoende rechtswaARBorgen geboden om de rechtmatigheid van zijn of haar vrijheidsbeneming te laten toetsen. Nu bij een verzoek tot machtiging UHP in een gesloten inrichting wettelijk een raadsman wordt toegevoegd aan de minderjarige, zou de

---

15 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 april 1998, NJ 1999, 80.

16 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 februari 1998, rekestnr. R9800036, in: FJR mei 1998, nr. 5, p. 123.

17 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 oktober 1999, NJ kort 2000, nr. 4.

wetgever in de OTS-regeling ook een clausule moeten opnemen die bepaalt dat een minderjarige vanaf twaalf jaar in zaken omtrent een plaatsing in een gesloten inrichting met de toegevoegde raadsman zelfstandig beroep kan aantekenen tegen de beslissing van de kinderrechtser.<sup>18</sup>

### 9.2.1.3 Factoren en leeftijden

Welke factoren zijn nu bepalend voor het gebruik van de maatregel van OTS met of zonder een UHP? Van de OTS-zaken uit 1997 waartegen hoger beroep is ingesteld, gaat het in 60% om opvoedingsproblemen binnen het gezin (in 34% wordt op pedagogische opvoedingsproblemen gewezen, in 26% gaat het om algemene opvoedingsproblemen).<sup>19</sup> In 11% van het aantal zaken in hoger beroep betreft het problematiek bij de minderjarige zelf (de minderjarige heeft behandeling nodig; dit staat in principe los van de opvoedingscapaciteit van ouders) en in 2% speelt een conflict tussen ouders en minderjarige (dit uit zich bijvoorbeeld door weglopen van de minderjarige of ruzie). Verder leidt in 10% van het aantal zaken de omgangsproblematiek tot het opleggen van de OTS,<sup>20</sup> in 8% is de verslaving van een ouder bepalend (drugs- of alcoholverslaving) en in 9% gaat het om psychische problemen van de ouder.<sup>21</sup>

Factoren van belang	%
Problemen minderjarige	11,3
Opvoeding verslaving	7,2
Opvoeding psychische problemen	9,0
Opvoeding pedagogische problemen	32,9
Opvoeding overig	27,5
Conflict ouder-kind	2,3
Omgangsproblematiek	9,9

Als de problematiek die tot een OTS heeft geleid wordt vergeleken met de verschillende leeftijdscategorieën van de onder toezicht gestelde minderjarigen, dan valt op dat als het gaat om problematiek bij de minderjarige zelf, dit vooral voorkomt bij de minderjarige vanaf twaalf jaar (van twaalf tot vijftien jaar in 24%, van vijftien tot achttien jaar in 61%). Conflicten tussen ouders en minderjarige blijken in dit onderzoek enkel voor minderjarigen vanaf twaalf jaar te spelen. Daarentegen betreft de omgangsproblematiek als oorzaak van de OTS in 86% kinderen jonger dan twaalf jaar.

Bij de OTS-pupillen van vijftien tot achttien jaar gaat het in 60% om problemen bij de jongere zelf en in 13% om loyaliteitsconflicten met de ouder. Verder betreft het in 22% situaties waarin opvoedingsproblematiek speelt. De minderjarige van twaalf tot vijftien jaar heeft relatief vaker te maken met opvoedingsproblemen van de ouder (46%) en minder vaak met problemen die bij hemzelf

18 Deze aanbeveling wordt ook door de kinderrechtser gedaan n.a.v. de wetsevaluatie OTS; zie De Savornin Lohman, Bruning e.a. (2000), p. 84.

19 Onder algemene opvoedingsproblemen (zonder specifieke verwijzing naar de pedagogische opvoedingscapaciteit van ouders) vallen o.a. schoolverzuim van de minderjarige, langdurige pleeggezinplaatsing en twijfels aan de opvoedingsmethode.

20 Een OTS wordt gebruikt voor omgangsbegeleiding (meestal na echtscheiding) en/of hulpverlening bij het verbeteren van de relatie tussen de minderjarige en beide ouders na echtscheiding.

21 In deze zaken zijn de psychische problemen van de ouder specifiek in de beschikking genoemd met een verwijzing naar opname of behandeling van de ouder.

liggen (24%). Omgangsproblematiek, verslaving van de ouder en psychische problemen van de ouder komt in deze leeftijdsgroep voor elke factor in 8% voor. Tenslotte gaat het voor deze categorie minderjarigen in 5% om een loyaliteitsconflict met de ouder.

Een OTS-pupil van zes tot twaalf jaar krijgt in 65% te maken met problemen in de opvoeding van de ouder. Psychische problemen van de ouder spelen in 14% van deze categorie zaken, omgangsproblematiek speelt in 13% en verslaving van de ouder is de oorzaak van de OTS in 6% van alle OTS-zaken in hoger beroep met OTS-pupillen van zes tot twaalf jaar. In de laatste categorie OTS-pupillen, namelijk de kinderen van nul tot zes jaar, gaat het in 73% van de zaken om opvoedingsproblemen in het gezin, in 10% om problemen betreffende omgang, in 9% is sprake van verslaving van de ouder en in 6% heeft de ouder psychische problemen.

In 84% van de zaken waarbij opvoedingsproblemen aanleiding zijn tot de OTS gaat het om OTS-pupillen jonger dan twaalf jaar. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat als het kind ouder wordt, de opvoedingsproblemen minder snel of vaak tot het opleggen van een OTS leiden. Maar het kan in dit onderzoek ook zo zijn dat ouders van jonge kinderen moeilijker kunnen accepteren dat een OTS met of zonder UHP is opgelegd vanwege hun falen in de opvoeding en daarom hoger beroep instellen. Ouders die een kind hebben dat al wat ouder is, kunnen misschien gemakkelijker accepteren dat hun opvoeding heeft gefaald of in elk geval tot gezinsproblematiek heeft geleid.

Als we kijken naar het totale bestand van beschikkingen tot eerste of verlenging OTS en/of machtiging UHP in hoger beroep, gaat het in 34% van de zaken om jonge kinderen van nul tot vijf jaar, in 39% om kinderen van zes tot twaalf jaar, in 17% om minderjarigen van twaalf tot veertien en in 10% om minderjarigen van vijftien tot achttien jaar. Met andere woorden: 73% van de OTS-zaken waartegen hoger beroep wordt ingesteld betreft OTS-pupillen jonger dan twaalf jaar, en in 27% van de zaken zijn de OTS-pupillen twaalf jaar of ouder.

Indien deze cijfers worden vergeleken met de verdeling naar leeftijd van het aantal minderjarigen dat in 1997 onder toezicht is gesteld, liggen de leeftijdsverhoudingen iets anders dan bij het bestand van appèlzaken. Van het aantal onder toezicht gestelde minderjarigen in 1997 is 24% nul tot vijf jaar oud, 27% zes tot elf jaar oud, 22% twaalf tot veertien jaar oud en 27% vijftien tot achttien jaar oud.<sup>22</sup> Hoewel de verhouding in leeftijdscategorie bij het opleggen van een OTS voor kinderen van nul tot twaalf jaar en minderjarigen van twaalf tot achttien jaar ongeveer gelijk is, is deze verhouding bij het aantal OTS-zaken waartegen hoger beroep wordt ingesteld 3:1, oftewel in bijna 75% van de hoger beroep zaken is de OTS-pupil jonger dan twaalf jaar, terwijl in slechts 25% van het aantal hoger beroep zaken minderjarigen van twaalf tot achttien jaar zijn betrokken.

Betekent dit dat ouders een OTS moeilijker kunnen accepteren bij jonge kinderen, terwijl zij bij oudere kinderen meer hebben berust in het feit dat gedwongen hulpverlening is opgelegd? Voor oudere OTS-pupillen zal misschien ook vaker eerst een vrijwillig hulpverleningstraject zijn gevolgd, waardoor de acceptatie dat een OTS-maatregel noodzakelijk is, wordt vergemakkelijkt. Waar-

---

22 Bron: Ministerie van Justitie, pupillenregistratie DPJS, 1998. Deze laatste cijfers lijken redelijk constant: de verhoudingen van de minderjarigen die in 1996 onder toezicht zijn gesteld, bedragen resp. 22%, 28%, 22% en 28%.

schijnlijk zal hier ook meespelen dat, zoals eerderesignaleerd, bij jonge OTS-pupillen opvoedingsproblemen relatief vaker de oorzaak zijn van de maatregel, terwijl voor oudere OTS-pupillen ook problemen bij de minderjarige en meer ernstige problemen bij ouders belangrijke factoren zijn. In elk geval blijkt niet dat oudere minderjarigen die onder toezicht staan zo mondig zijn, dat vaker hoger beroep wordt ingesteld (bijvoorbeeld samen met ouders) dan als zij jonger dan twaalf zijn en geen rol zullen spelen bij het instellen van hoger beroep. Misschien gaat het in de zaken van oudere OTS-pupillen ook vaker om conflicten tussen ouders en minderjarigen. Als ouders zelf bij de RvdK aan de bel hebben getrokken en uitspreken dat gedwongen hulp noodzakelijk is in hun gezin, ook al is dit niet de wens van de minderjarige, hebben zij meestal geen reden om hoger beroep in te stellen. Een minderjarige is in principe niet vertegenwoordigd door een raadsman in een OTS-procedure, tenzij het gaat om een verzoek tot gesloten plaatsing, en zal dan ook niet zo snel zelf actie ondernemen door juridische hulp te zoeken om hoger beroep in te stellen.

#### 9.2.1.4 *Beslissingen van de Gerechtshoven*

Hoewel het er in eerste instantie op lijkt dat de resultaten omtrent de beslissingen van de hogere rechters ‘meevallen’ omdat slechts in bijna 60% van alle beschikkingen in hoger beroep de beslissing van de kinderrechter in stand wordt gehouden en daarom de kans op slagen bij het instellen van hoger beroep redelijk zou zijn, moet dit resultaat worden gerelativeerd. Slechts in 25% van alle beschikkingen waartegen hoger beroep is ingesteld, valt de beslissing uiteindelijk gunstig uit voor de appellant in die zin dat de beschikking van de kinderrechter gedeeltelijk of geheel wordt vernietigd.<sup>23</sup> Opvallend is dat het Gerechtshof te Leeuwarden relatief vaak vernietigt (38% van alle appèlzaken die bij Hof Leeuwarden worden ingesteld), terwijl het Gerechtshof te Arnhem relatief weinig vernietigt (14% van alle appèlzaken die bij Hof Arnhem worden ingesteld). Bij het Hof Arnhem wordt in 75% van alle appèlzaken de beschikking van de kinderrechter bekrachtigd. Het Hof Leeuwarden bekrachtigt slecht 42% van al haar appèlzaken betreffende OTS. In verhouding bekrachtigt het Gerechtshof te Arnhem tweemaal zoveel als het Gerechtshof te Leeuwarden (26% tegenover 13% van alle uitspraken tot bekrachtiging in hoger beroep uit 1997).

<b>Uitspraak Hof:</b>	<b>%</b>
Bekrachtiging	55,0
Niet-ontvankelijk + bekrachtiging	3,0
Vernietiging	21,8
Gedeeltelijke vernietiging	3,7
Niet-ontvankelijk + vernietiging	1,8
Niet-ontvankelijk	9,2
Aanhouding	4,8
Niet-ontvankelijk + bekrachtiging + vernietiging	0,7

23 Ter vergelijking: Snijders en Wendels (1992) stellen dat bij civiel appèl in 50% van de zaken het rechtsmiddel succes oplevert in de zin van gehele of gedeeltelijke vernietiging van de bestreden uitspraak. Dat is dus tweemaal zoveel als in dit onderzoek.

#### 9.2.1.5 *Niet-ontvankelijkheid en gerechtvaardigd belang*

In de geanalyseerde beschikkingen gaat het, vooral bij een UHP, om situaties die snel veranderen. Als een zaak in hoger beroep wordt behandeld, kunnen de omstandigheden zoals die waren ten tijde van de behandeling van de zaak bij de kinderrechter in eerste aanleg zijn veranderd. Zo kan het bijvoorbeeld beter gaan met de minderjarige of met het gezin, of kan een minderjarige inmiddels enkele maanden uit huis zijn geplaatst en elders zijn verblijf hebben. Als in een bepaalde zaak eerst een voorlopige OTS is opgelegd, meestal gepaard gaand met een spoeduitplaatsing, kunnen de ontwikkelingen binnen een gezin in een stroomversnelling raken. Als er geruime tijd overheen gaat voordat een zaak in hoger beroep wordt behandeld, kan het dan ook gebeuren dat de termijn van de voorlopige OTS of de machtiging UHP inmiddels is verlopen. Het is daarom van groot belang dat, indien tegen een beschikking van een kinderrechter betreffende OTS hoger beroep wordt ingesteld, dit hoger beroep zo snel mogelijk op de zitting bij het Gerechtshof wordt behandeld.

In de jurisprudentie is uitgemaakt dat ouders geen belang meer hebben bij hun cassatieberoep als tijdens de behandeling in cassatie de (voorlopige) OTS en UHP niet langer voortduurt.<sup>24</sup> In deze zaak hadden appellanten verschillende redenen genoemd ter bevestiging dat hun belang bij het cassatieberoep ondanks de afloop van de maatregel was behouden. Het beroep was ingesteld toen de UHP nog voortduurde en aan de rechtsbescherming zou inbreuk worden gedaan omdat binnen de vaak korte looptijd van plaatsingsbeschikkingen veelal niet op de aangewende rechtsmiddelen kan worden beslist. Ook zou hun belang gerechtvaardigd zijn omdat een vernietiging van de beslissing van de kinderrechter hen enige genoegdoening zou opleveren, de weg zou openen om een vordering tot schadevergoeding in te stellen, verdere inbreuken op hun gezinsleven en privé-leven zou voorkomen en een bodemprocedure in drie instanties overbodig zou maken. De Hoge Raad heeft alle gronden verworpen en heeft vastgehouden aan het uitgangspunt dat een appellant geen belang meer heeft bij een cassatieberoep als de OTS of UHP inmiddels is opgeheven of als de termijn is verstreken.<sup>25</sup>

In bovengenoemde zaken gaat het om de vraag of de rechtmatigheid van de beslissing omtrent OTS en/of UHP door een hogere instantie getoetst kan worden ondanks het feit dat deze beslissing ten tijde van deze behandeling niet langer geldt. Voor ouders en de minderjarige is de inbreuk op hun gezinsleven dan inmiddels afgelopen en is het ergste leed geleden. Hoe ver kan men echter gaan in het doortrekken van deze regel dat, indien ten tijde van de behandeling in hoger beroep of cassatie de OTS/UHP is verlopen, er geen gerechtvaardigd belang meer is? In een zaak waarbij het verlengingsverzoek OTS van de RvdK door de kinderrechter is afgewezen, is de RvdK bij de appelrechter niet-ontvankelijk verklaard omdat de OTS-maatregel reeds was vervallen.<sup>26</sup> Dit lijkt mij een ernstige uitholling van het principe dat een beslissing in eerste aanleg door een hogere rechter getoetst kan worden. Als een kinderrechter besluit tot een afwijzing van het verzoek verlenging OTS en/of UHP, zou dit immers betekenen dat de OTS als vorm van gedwongen hulpverlening niet kan worden opgelegd nu

24 HR 26 januari 1996, NJ 1996, 377.

25 Zie HR 23 maart 1990, NJ 1991, 149 en HR 13 oktober 1995, rekestnr. 8638; zie hierover Von Brücken Fock (1996). Zie ook HR 13 april 2001, AB1009, R00/092HR en AB1073, R00/123HR (zie verder hfst. 7, par. 2.6).

26 Zie Rb. Utrecht 26 maart 1997, NJ 1999, 462 (laatste alinea, toegevoegd door NJ-redactie).



een appèlrechter de afwijzing van de kinderrechter niet kan weerleggen. Niet alleen de RvdK of de GVI kunnen van dit beleid de dupe zijn, maar ook bijvoorbeeld een ouder of pleegouder die wenst dat de maatregel van OTS en/of UHP voortduurt. Het valt te hopen dat appellanten bij een beslissing tot afwijzing van het verzoek omtrent OTS en/of UHP door de appèlrechter ontvankelijk worden verklaard.<sup>27</sup>

#### *9.2.1.6 Gronden tot niet-ontvankelijkheid en lengte van de procedure*

Uit het empirisch onderzoek blijkt dat de appellant in 15% van alle ingestelde appèlzaken niet-ontvankelijk verklaard wordt in zijn appèl of in een onderdeel van zijn appèl. Redenen voor niet-ontvankelijkverklaring zijn dat de GVI inmiddels van mening is veranderd en een OTS/UHP niet langer noodzakelijk acht (16%), dat het hoger beroep is ingetrokken (21%) of dat ouders nu aan de OTS/UHP meewerken (8%), dat de minderjarige niet door een bijzonder curator is vertegenwoordigd (5%) of dat de termijn van OTS/UHP is verstreken en er daarom geen belang meer is bij het instellen van hoger beroep (13%).<sup>28</sup> Hieruit blijkt dat de bestaande leer in de jurisprudentie voor wat betreft het ontbreken van een belang bij hoger beroep als de termijn van de OTS/UHP inmiddels is verstreken, algemeen wordt toegepast. Het ontbreken van een gerechtvaardigd belang geldt dan ook voor cassatie en hoger beroep.

Voorals het gaat om een voorlopige OTS met spoedhuisplaatsing is de kans op een succesvolle behandeling van de zaak in hoger beroep zeer klein.<sup>29</sup> Omdat een voorlopige OTS slechts voor de duur van maximaal drie maanden kan worden opgelegd en een UHP hierbij ook maximaal drie maanden kan duren, zal de zaak na het instellen van hoger beroep binnen drie maanden moeten worden behandeld. Lukt dit niet, dan is er geen belang meer bij het instellen van hoger beroep en wordt de appellant niet-ontvankelijk verklaard.<sup>30</sup> Maar ook als in het kader van een OTS een machtiging UHP voor korte tijd wordt gegeven, bijvoorbeeld voor een paar maanden, kan ten tijde van de behandeling van het hoger beroep de termijn zijn verlopen. Hoewel het wenselijk is dat, als bij het opleggen van de machtiging UHP bij voorbaat duidelijk is dat deze korter dan een jaar nodig is, de machtiging slechts voor een aantal maanden wordt gegeven, gaat dit voor de mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep misschien ten koste van de belanghebbenden. Uit het oogpunt van rechtsbescherming dient een UHP zo kort mogelijk te duren, waarna bij een verlengingsverzoek opnieuw een rechterlijke toetsing zal plaatsvinden.<sup>31</sup> Het mag dan niet zo zijn dat als dit principe wordt gevolgd, de belanghebbende vervolgens wordt gedupeerd indien hij hoger beroep wil instellen, omdat de kans groot is dat hij bij de behandeling in hoger beroep niet-ontvankelijk zal worden verklaard wegens het ontbreken van belang. Daarom is het zaak dat OTS-beschikkingen in hoger beroep zo snel mogelijk worden behandeld.

---

27 In mijn onderzoeksbestand zijn de RvdK en de GVI bij het instellen van hoger beroep tegen een afwijzing van een verzoek wel altijd ontvankelijk verklaard.

28 In 37% van alle gehele of gedeeltelijke niet-ontvankelijkverklaringen toetst de rechter inhoudelijk.

29 Von Brücken Fock (1996) wijst er dan ook op dat hoger beroep van een kortdurende UHP illusoir is; hij pleit voor een bespoediging van de gerechtelijke procedure in geval van een UHP (spoed-appèl en spoedcassatie) en wenst dat in de wet een bepaling wordt opgenomen tot schadevergoeding van ouders en/of minderjarige als de machtiging UHP wordt vernietigd.

30 Overigens is hoger beroep tegen een voorlopige OTS niet mogelijk o.g.v. art. 807 Rv, slechts tegen de spoedhuisplaatsing kan o.g.v. art. 806 Rv hoger beroep worden ingesteld.

31 Dit is ook in overeenstemming met art. 23 WJHV.

Voor belanghebbenden is derhalve in verband met de ontvankelijkheidsvraag van belang wat de tijdsduur is tussen het instellen van hoger beroep en de behandeling van het hoger beroep ter zitting. Uit het empirisch onderzoek blijkt dat het gemiddeld drie maanden duurt vanaf de uitspraak van de kinderrechter voordat de civiele kamer van een Gerechtshof uitspraak doet in een appèlzaak. De helft van het aantal appèlzaken werd na 90 dagen afgehandeld; een kwart van het totaal aantal zaken werd na twee maanden (67 dagen) afgehandeld, en na 113 dagen was op driekwart van het aantal appèlzaken een uitspraak in hoger beroep gegeven. Geconcludeerd kan worden dat slechts de helft van het aantal OTS-zaken in drie maanden door de appèlrechter wordt behandeld. Hoewel deze termijn voor een OTS en/of UHP met de duur van een jaar acceptabel is, zou dit voor beslissingen tot een voorlopige OTS met spoeduitplaatsing betekenen dat belanghebbenden bij het instellen van hoger beroep slechts 50% kans hebben dat zij ten tijde van de behandeling ontvankelijk worden verklaard omdat de termijn van de maatregel nog niet is verlopen. Het valt dan ook te hopen dat aan OTS-zaken bij de Gerechtshoven vanwege het tijdelijke en snel veranderende karakter prioriteit wordt gegeven. Het uniform reglement van de Gerechtshoven voor rekestprocedures in familiezaken, dat op 1 januari 2000 in werking is getreden en door de hoven is opgesteld met het doel om te komen tot een reglement dat bijdraagt aan een behoorlijke en doelmatige voortgang van deze procedures, vermeldt niets in het bijzonder over de termijn van een OTS-procedure in hoger beroep.<sup>32</sup> De bovengenoemde resultaten leiden tot de conclusie dat voor een aanzienlijk aantal OTS-zaken in hoger beroep geen ruimte is voor een rechtmatigheidstoetsing, aangezien de beschikking waartegen beroep is ingesteld inmiddels geen rechtskracht meer heeft. De Gerechtshoven hebben door het niet expliciet noemen van de OTS-procedures in het uniform reglement een belangrijke mogelijkheid laten liggen om juist in OTS-zaken meer spoed te betrachten bij de behandeling en zodoende de mogelijkheid van een rechtmatigheidstoetsing in hoger beroep te garanderen. Daarom zou er in het uniform reglement alsnog een bijzondere regeling voor OTS-procedures toegevoegd dienen te worden.

#### *9.2.1.7 Vernietiging en bekrachtiging*

In de OTS-zaken waarvan de beschikking in hoger beroep (geheel of gedeeltelijk) is vernietigd door het Hof (35 % van het totaal OTS-zaken in hoger beroep), gaat het in 63% om zaken waarbij opvoedingsproblemen de oorzaak zijn van het verzoek om een OTS; 23% betreft algemene opvoedingsproblemen en in 40% wordt specifiek het pedagogische karakter van de opvoeding als probleem genoemd. Meer ernstige problemen als verslaving van de ouder, psychische problemen van de ouder en problemen die de persoon van de minderjarige betreffen (bijvoorbeeld gedragsproblemen of spijbelgedrag) komen bij de beschikkingen die door een Hof worden vernietigd duidelijk minder vaak voor (resp. 11%, 4%, 6%). De vernietigingen in hoger beroep betreffen in 15% omgangsproblematiek, een minder zware factor voor het opleggen van een OTS.

Als we de problematiek bij vernietigingen vergelijken met die bij bekrachtigingen van een uitspraak in eerste aanleg, zien we dat de meer ernstige problemen, namelijk psychische problemen van de ouder en problemen bij de minderjarige zelf, relatief vaker voorkomen bij alle bekrachtigingen: resp. in 10% en 14%. Het totaal aantal zaken betreffende opvoedingsproblematiek waarvan de

---

32 Het uniform reglement van de Gerechtshoven is gepubliceerd in *Trema* 2000, nr. 2, p. 80-81.

uitspraak in hoger beroep wordt bekrachtigd is 58% van alle bekrachtigingen. Omgangsproblematiek is in 7,5% van alle bekrachtigingen de oorzaak voor ingrijpen.

Bestudering van de beschikkingen die in hoger beroep zijn vernietigd laat zien dat het in 50% van de vernietigingen gaat om een beschikking tot het opleggen van een (eerste) OTS zonder UHP. Van de vernietigingen betreft 18% een beschikking tot een verlenging van de OTS: 68% van de vernietigingen omvat dus een beschikking tot een eerste of tot een verlenging OTS zonder UHP. In 19% van de vernietigingen gaat het om een beschikking tot eerste of verlenging van de machtiging UHP, met of zonder OTS. De vernietigingen van een beschikking tot afwijzing van het verzoek om OTS en/of UHP betreffen 10% van alle vernietigingen.<sup>33</sup>

Als deze cijfers worden vergeleken met het totale aantal hoger beroep zaken tegen een OTS zonder UHP, namelijk 34% van het gehele bestand, valt op dat relatief vaak een beschikking tot OTS zonder UHP wordt vernietigd. Het totale aantal zaken in hoger beroep tegen een machtiging tot UHP (met of zonder OTS) is 57% van het bestand. Dit toont aan dat een relatief gering aantal beschikkingen betreffende een UHP in hoger beroep worden vernietigd, terwijl een UHP een meer ingrijpende beslissing is dan een OTS. Uit deze resultaten kan worden geconcludeerd dat een rechterlijke beslissing tot een lichtere vorm van ingrijpen in het gezin door middel van een OTS zonder UHP vaker wordt vernietigd dan de zwaardere vorm van ingrijpen door het opleggen van een OTS met machtiging UHP. Dit komt overeen met het resultaat dat bij minder ernstige problematiek binnen een gezin relatief vaker wordt vernietigd. Juist als slechts een OTS is uitgesproken en de minderjarige thuis blijft wonen, kan door tijdelijk gedwongen hulpverlening in bepaalde gevallen snel resultaat worden bereikt waardoor ten tijde van de behandeling van de zaak in hoger beroep geen grond tot OTS meer hoeft te bestaan. Ook zouden de oorspronkelijke feiten voor het uitspreken van een OTS in deze gevallen bij toetsing in hoger beroep niet voldoende kunnen blijken.

In een aantal zaken waar de beschikking van de kinderrechter is vernietigd, gaat het om gewijzigde omstandigheden. Er kan dan niet worden gesteld dat de kinderrechter een onjuiste beslissing heeft genomen. In 36% van alle vernietigingen is sprake van gewijzigde omstandigheden: in 17% van de vernietigde beschikkingen is de GVI van mening veranderd, in 15% werken de ouders en/of de minderjarige nu mee met de hulpverlening, en in 4% is een nieuw rapport uitgebracht of heeft nieuw onderzoek plaatsgevonden naar de gezinsproblematiek. Dit zijn redenen op grond waarvan de hogere rechter tot vernietiging van de beschikking beslist.<sup>34</sup>

Van de beschikkingen waarin een uitspraak van de kinderrechter wordt vernietigd, omvat 87% een eigen motivering van het Hof (met of zonder verwijzing naar het wetsartikel of het wetscriterium). In 12% van de beschikkingen tot vernietiging van een uitspraak van de lagere rechter wordt slechts een standaardmotivering gegeven of wordt enkel verwezen naar het wetscriterium of het

---

33 Ouders (moeder en/of vader) zijn in 80% van alle vernietigingen verzoekers in hoger beroep.

34 In 64% van alle vernietigingen heeft het Hof meer inhoudelijk (*'het Hof is niet als de kinderrechter van mening'*: 6%) of volledig (geen verwijzing naar het oordeel van de kinderrechter maar enkel eigen oordeel: 58%) getoetst.

wetsartikel. Kortom, indien een Hof anders beslist dan een kinderrechter, blijkt dat meestal een eigen rechterlijke motivering wordt gegeven.

Het is opvallend dat de uitspraken van het Hof waarmee een beschikking van de kinderrechter wordt bekrachtigd en daarmee in stand wordt gehouden in 88% inhoudelijk worden gemotiveerd. Dat is ongeveer even vaak als bij de beslissingen tot vernietiging van een lagere uitspraak. In 12% van alle bekrachtigingen van beschikkingen van de kinderrechter bestaat de Hofbeschikking uit een standaardmotivering of alleen een verwijzing naar het wetscriterium of het wetsartikel. Het is dan ook niet zo dat een Hof beter motiveert bij een vernietiging van een uitspraak van de kinderrechter dan bij een bekrachtiging van de lagere uitspraak. Het lijkt eerder zo te zijn dat bij een bekrachtiging van de beslissing van de kinderrechter iets vaker meer uitgebreid wordt gemotiveerd dan bij een vernietiging van de beslissing. In het laatste geval is voor belanghebbenden waarschijnlijk minder relevant wat de overwegingen van de rechter zijn. Als een beschikking van de kinderrechter in stand wordt gehouden, is het voor belanghebbenden juist van groot belang dat duidelijk en concreet wordt aangegeven wat de argumenten zijn voor een concrete rechtvaardiging van de maatregel van OTS (met of zonder UHP). In de volgende paragraaf zal verder worden ingegaan op de rechterlijke motiveringen van de OTS-beschikkingen in hoger beroep.

### 9.3 Materiële factoren

#### 9.3.1 *Rechterlijke motivering*

Naast de hierboven besproken formele factoren van de beschikkingen in hoger beroep betreffende OTS-zaken zijn ook een aantal materiële factoren bestudeerd. Daarbij is aan de hand van een aantal te onderscheiden aspecten beoordeeld hoe de beschikkingen in hoger beroep zijn gemotiveerd. Zo is eerst gemeten hoe vaak de motivering van de hogere rechter bestaat uit een standaardmotivering, bijvoorbeeld door het enkel vermelden dat aan de grond voor OTS of UHP is voldaan. Hierbij is ook geanalyseerd op welke wijze het wetscriterium in de motivering is gebruikt. Vervolgens is gemeten hoe vaak in een beschikking een expliciet rechtmatigheidsoordeel is gegeven over het gebruik van de maatregel OTS met of zonder UHP; hieronder wordt verstaan dat in de motivering uitdrukkelijk is aangegeven dat lichter ingrijpen door gebruikmaking van vrijwillige hulpverlening of door de minderjarige thuis te laten wonen niet mogelijk is (gebleken). Tenslotte is meer inhoudelijk gekeken welke verschillende factoren worden genoemd bij de rechterlijke motivering, zodat een meer gespecificeerd oordeel kan worden gegeven. Hieronder worden deze resultaten besproken.

#### 9.3.2 *Standaardmotivering*

Om een oordeel te kunnen vormen over de wijze van motiveren in hoger beroep is eerst gemeten hoe vaak een motivering slechts bestaat uit een verwijzing naar de wet of naar een standaardzin. Een standaardmotivering als *‘op grond van het hierboven gemelde en hetgeen tijdens de mondelinge behandeling naar voren is gekomen, is wel/niet aan de grond voor OTS of UHP voldaan’*, waarbij wel of

niet verwezen wordt naar het wetscriterium, komt in 10% van alle beschikkingen in hoger beroep voor.<sup>35</sup> In 2% van het aantal OTS-zaken wordt slechts verwezen naar het wetscriterium of wetsartikel (art. 1:254 resp. 261 BW) voor OTS en/of UHP. In totaal wordt derhalve voor 12% van de OTS-zaken een standaardmotivering gegeven zonder enige inhoudelijke overweging. Het maakt hierbij niet uit tegen welk soort beslissing hoger beroep wordt aangetekend; voor elke categorie beslissing waartegen hoger beroep wordt ingesteld, zijn standaardmotiveringen afgegeven. Ook is er geen verschil tussen de Gerechtshoven: door elk Gerechtshof worden standaardmotiveringen opgenomen in de beschikking. In geen enkele beschikking met een standaardmotivering is bij de verwijzing naar het OTS-wetscriterium gespecificeerd waar het in casu om ging: om de zedelijke belangen, geestelijke belangen of de gezondheid van de minderjarige.

Hoewel het valt te betreuren dat in een aantal beschikkingen voor de rechterlijke motivering wordt volstaan met een standaardzin, is de uitkomst naar mijn mening toch positief. Als men bedenkt dat OTS-beschikkingen die in eerste aanleg door de kinderrechter zijn gegeven zeer vaak bestaan uit slechts een standaardmotivering, is het percentage ‘standaardbeschikkingen’ in het onderzoeksbestand laag. De kinderrechters bij de rechtbanken geven slechts bij uitzondering een meer uitgebreide motivering bij het opleggen van een OTS en/of UHP.<sup>36</sup> De beschikkingen van de Gerechtshoven bevatten meestal een eigen motivering van de rechter die meer inhoudt dan een enkele verwijzing naar het wetscriterium. De justitiabele wordt op deze wijze serieus genomen doordat de concrete gronden voor het uitspreken van een OTS en/of UHP worden aangegeven. Hij zal, als in de beschikking naar zijn mening is verwezen, in elk geval het gevoel hebben dat naar hem geluisterd is. Als dit gevoel bij de beslissing in eerste aanleg heeft ontbroken, kan er voor de justitiabele een reden zijn geweest om hoger beroep in te stellen. Daarom is het mijns inziens van groot belang dat naar belanghebbenden toe door de rechter gerechtvaardigd wordt waarom er in casu voldoende grond is tot het opleggen van een OTS en/of UHP, waarbij ook rekening wordt gehouden met de mening van betrokkenen. Als in de beschikking voor wat betreft de rechterlijke motivering wordt volstaan met een standaardzin zonder enige verwijzing naar de specifieke situatie, schendt dit het recht van betrokkenen om serieus en eerlijk aangesproken te worden. Een standaardmotivering voldoet naar mijn mening in geen enkele situatie. Zelfs als alle belanghebbenden akkoord zijn met het verzoek aan de kinderrechter, kan in de motivering naar de akkoordverklaringen worden verwezen. Het is dan ook positief te noemen dat in de beschikkingen in hoger beroep slechts in 12% een standaardmotivering is gegeven, hoewel dit percentage eigenlijk nog te hoog is.

---

35 De zaken betreffende aanhouding of aanwijzing zijn niet meegerekend; ook de zaken waarin tot gehele niet-ontvankelijkheid is beslist, zijn niet meegenomen bij de beoordeling van de rechterlijke motivering in hoger beroep.

36 Dit blijkt uit de beschikkingen waartegen hoger beroep is ingesteld; een deel hiervan heb ik ingezien bij bestudering van de Hofbestanden. Ook weet ik uit ervaring als buitengriffier in OTS-zaken dat een motivering van een OTS-beschikking in eerste aanleg in principe slechts uit een standaardzin bestaat; pas bij bijzondere omstandigheden wordt meer uitgebreid gemotiveerd en worden concrete redenen aangevoerd voor het opleggen van een OTS en/of UHP.

### 9.3.3 *Rechtmatigheidstoets*

Een ander aspect van de rechterlijke motivering is de ‘rechtmatigheidstoets’: heeft de rechter expliciet getoetst of de inbreuk in het gezinsleven door het opleggen van gedwongen hulpverlening rechtmatig is? Hierbij is gemeten hoe vaak in de beschikking is verwezen naar de onmogelijkheid tot een lichtere vorm van interventie in het gezinsleven. Bij het uitspreken of verlengen van een OTS moet zijn gebleken dat vrijwillige hulpverlening heeft gefaald of zal falen en dus niet haalbaar is. Dit criterium is als zodanig opgenomen in het huidige wetsartikel 254 van boek 1 BW, waarin ook de norm voor het opleggen van een OTS is genoemd. Bij de wetwijziging van de OTS-regeling in 1995 is aan de al bestaande norm ‘*bedreiging van de geestelijke of zedelijke belangen of de gezondheid van de minderjarige*’ toegevoegd dat een OTS slechts kan worden opgelegd bij (de verwachting tot) falen van de vrijwillige hulpverlening. Aan deze voorwaarde moet zijn voldaan voordat een OTS kan worden opgelegd. Bij elke beslissing tot OTS, ook tot een verlenging van de OTS, dient een rechter te toetsen of lichter ingrijpen niet mogelijk is.

Voor het uitspreken van een machtiging UHP geldt volgens art. 1:261 BW dat dit *noodzakelijk* moet zijn in het belang van de verzorging en opvoeding van de minderjarige of tot onderzoek van diens geestelijke of lichamelijke gesteldheid, met andere woorden: de OTS kan zonder een UHP niet het gewenste resultaat bereiken en de UHP kan niet vrijwillig tot stand komen. In dit wetsartikel wordt niet expliciet als voorwaarde genoemd dat vrijwillige hulpverlening heeft gefaald of zal falen, maar naar mijn mening zou deze voorwaarde ook moeten worden geïnterpreteerd bij de rechterlijke beoordeling of aan de voorwaarden tot UHP is voldaan. De noodzaak tot het afgeven van een machtiging UHP moet immers blijken. In het empirisch onderzoek heb ik bij de beslissingen tot (verlenging van) de UHP getoetst of de hogere rechter expliciet heeft gemotiveerd dat de minderjarige niet thuis kan blijven wonen en/of vrijwillige UHP niet haalbaar blijkt. In dat geval voldoet de beschikking aan het vereiste tot het toetsen van de rechtmatigheid.

In 32% van het aantal rechterlijke beschikkingen in hoger beroep voldoet de rechter bij zijn motivering aan de eis tot expliciete rechtmatigheidstoetsing. In deze zaken wordt benadrukt dat vrijwillige hulpverlening heeft gefaald of niet haalbaar is, of dat de minderjarige niet langer thuis kan blijven wonen in het belang van zijn verzorging en opvoeding. Dit betekent dat in 68%, zo’n twee derde van het aantal OTS-beschikkingen in hoger beroep, geen expliciete rechtmatigheidstoetsing door de rechter heeft plaatsgevonden. Dit resultaat is onbevredigend, te meer daar dit veelal het enige concreet hanteerbare criterium is dat uitdrukkelijk getoetst en gemotiveerd kan worden. Juist omdat de open norm voor het opleggen van een OTS en/of UHP weinig houvast biedt voor een duidelijke en concrete motivering, zou de rechtmatigheidstoets wel met zoveel woorden in de beschikking van het Gerechtshof kunnen worden opgenomen. Maar in het overgrote deel van alle zaken heeft de hogere rechter deze kans niet aangegrepen om meer inhoudelijk te motiveren. Overigens blijkt uit een nadere bestudering van de verschillende Gerechtshoven dat er wel degelijk verschillen zijn in de rechtmatigheidstoetsing. De Gerechtshoven ’s-Hertogenbosch en Leeuwarden toetsen de rechtmatigheid van de OTS/UHP in verhouding bijna even vaak wel als niet expliciet in de beschikking, terwijl de andere Gerechtshoven veel vaker niet dan wel op de rechtmatigheid toetsen. Hierbij is het Gerechtshof ’s-Gravenhage de uitschieter: slechts in 10% van alle OTS-zaken die

zijn behandeld bij dit Hof, is een expliciete rechtmatigheidstoetsing terug te vinden in de beschikking.

Bij een vergelijking van de verschillende categorieën zaken waartegen hoger beroep is ingesteld, blijkt dat vooral bij een eerste OTS (met of zonder UHP) relatief vaak een expliciete rechtmatigheidstoetsing wordt verricht (ongeveer 45% wel, 55% niet). Bij een eerste UHP wordt slechts in 32% expliciet op rechtmatigheid getoetst. Bij de uitspraken tot verlenging van OTS en/of UHP wordt slechts in resp. 30% en 24% aan de rechtmatigheid getoetst. Deze cijfers tonen aan dat vooral bij het opleggen van een eerste OTS, waarvoor als wettelijke voorwaarde geldt dat vrijwillige hulpverlening heeft gefaald of zal falen, in de beschikking in hoger beroep expliciet op de rechtmatigheidstoetsing wordt gewezen. Bij een UHP of bij een verlengingsbeslissing OTS en/of UHP wordt minder vaak expliciet genoemd dat de rechter de rechtmatigheid heeft getoetst door af te wegen of vrijwillige hulpverlening of gedwongen hulpverlening met een OTS, maar zonder UHP, van de minderjarige mogelijk zou zijn.

### 9.3.4 Inhoud motivering

Bij bestudering van de inhoud van de rechterlijke motivering van de Hofbeschikkingen is een aantal aspecten onderscheiden die in meerdere of mindere mate voorkomen. Gepoogd is om een zo volledig mogelijk beeld te construeren van de verschillende motiveringen, die soms vrij minimaal bleken en ook wel verschilden per Gerechtshof of per concreet geval. De opzet was om dan ook zoveel mogelijk factoren die zijn opgenomen in de rechterlijke motiveringen aan de oppervlakte te brengen. Zonder de illusie te hebben een volledig overzicht te kunnen geven van de inhoud van rechterlijke motiveringen, die per rechter, Gerechtshof en zaak verschillen, is de bedoeling om slechts op grond van de bevindingen minimale handvatten aan te reiken waarvan gebruik kan worden gemaakt bij het motiveren van een rechterlijke beslissing betreffende een OTS. Hieronder worden per aspect de relevantie en de mate waarin het voorkomt in het onderzoeksbestand besproken.

#### 9.3.4.1 Gebruik wetscriterium

Een ruime meerderheid van het aantal Hofbeschikkingen bevat een eigen rechterlijke motivering, met of zonder verwijzing naar het wetscriterium voor OTS en/of UHP. Het is opvallend dat het criterium voor UHP, namelijk *‘indien dit noodzakelijk is in het belang van de verzorging en opvoeding’*, niet vaker met een eigen, op de zaak toegesneden rechterlijke motivering wordt gebruikt dan het criterium voor OTS (*‘indien de minderjarige zodanig opgroeit, dat zijn zedelijke of geestelijke belangen of zijn gezondheid ernstig worden bedreigd en andere middelen ter afwending van deze bedreiging hebben gefaald of, naar is te voorzien, zullen falen’*). Dit zou voor de hand kunnen liggen omdat het criterium voor UHP meer hanteerbaar is in die zin, dat het een begrijpelijke zinsnede is die ook nader kan worden uitgelegd in een rechterlijke motivering. Het wetscriterium voor OTS is van een dusdanig taalgebruik, dat deze moeilijk in ons alledaags Nederlands past en niet duidelijk aangeeft waarom de minderjarige in zijn belangen wordt bedreigd en om welke belangen het dan precies gaat. Het komt dan ook niet voor dat het criterium voor OTS verder wordt gepreciseerd door een specifieke verwijzing naar ofwel geestelijke, ofwel zedelijke belangen ofwel naar de gezondheid van de minderjarige.

Wanneer als onderdeel van de eigen rechterlijke motivering het wetscriterium voor OTS of UHP wordt genoemd, kan dit geïntegreerd zijn in de eigen motivering of kan het wetscriterium als standaardzin zijn toegevoegd. Bij bestudering van de eigen motiveringen blijkt dat meestal het verband wordt aangegeven tussen het wetscriterium en de concrete situatie binnen het gezin. Hoewel elk Hof een paar keer behalve de eigen motivering het wetscriterium noemt zonder dit toe te passen op de omstandigheden van het geval, wordt het wetscriterium meestal geïntegreerd met de concrete motivering. Hierbij is het wel zo dat meestal het wetscriterium voor UHP wordt geïntegreerd en zelden de rechtsgrond voor OTS.<sup>37</sup>

#### 9.3.4.2 *Verwijzing naar deskundigenrapporten*

Een ander aspect van de rechterlijke motivering betreft de verwijzing naar deskundigenrapporten. Dit kan bijvoorbeeld een raadsrapport zijn, een voortgangsrapportage van de GVI of een rapport van een extern deskundige (bijvoorbeeld een FORA-rapport). Als in de beschikking van het Hof wordt verwezen naar enig rapport, kan dit op verschillende wijzen: in de beschikking kan (wel of niet specifiek) worden genoemd wat uit het rapport blijkt of het rapport kan geïnterpreteerd worden door de rechter en in de eigen rechterlijke motivering als argument worden gebruikt.

Door de Gerechtshoven blijkt in de beschikking verschillend te worden omgegaan met deskundigenrapporten. Zo wordt in de beschikkingen van het Gerechtshof Amsterdam bijna altijd aangegeven welk deel van een rapport voor de beslissing van belang is door dit deel letterlijk te citeren. Veel beschikkingen bevatten een aantal lange citaten. Hiermee wordt voor justitiabelen duidelijk om welk deel van het rapport het gaat. In 90% van deze uitspraken wordt enig rapport genoemd. Ook de Gerechtshoven 's-Gravenhage en 's-Hertogenbosch verwijzen vaker wel dan niet naar enig rapport: resp. in 75% en 70%. De Gerechtshoven Arnhem en Leeuwarden verwijzen slechts in 40% van alle uitspraken naar een rapport. In tegenstelling tot Amsterdam geven raadsheren van de overige Gerechtshoven in hun beschikkingen nooit specifiek aan welk deel van het rapport relevant is voor de beslissing. Zij noemen slechts het rapport en geven vaak samengevat weer wat hiervan relevant is zonder te citeren of bijvoorbeeld te verwijzen naar een paragraaf of een pagina. Belanghebbenden kunnen dan sneller de indruk krijgen dat het rapport niet geheel juist is geïnterpreteerd. De methode van het Hof Amsterdam is daarom aan te bevelen.

Behalve de manier van verwijzing naar een deskundigenrapport is ook relevant hoe het rapport in de rechterlijke motivering wordt gebruikt. Een rapport kan namelijk in zijn geheel of onder verwijzing naar een specifiek gedeelte in de eigen rechterlijke motivering worden gebruikt, zodat wordt aangegeven waarom de rechter het rapport van belang vindt. Ook kan een verwijzing naar een rapport in de beschikking worden opgenomen zonder dat blijkt wat het belang hiervan is voor de rechterlijke beslissing. Hoewel Amsterdam wel citeert uit de rapporten, wordt in geen enkele beschikking expliciet aangegeven waarom de rechter dit van belang acht bij het nemen van een beslissing. Dit valt te verkla-

---

37 Als in de Hofbeschikking naast de eigen motivering ook het wetscriterium wordt genoemd, wordt dit bij de Gerechtshoven Arnhem, 's-Gravenhage en Leeuwarden in ongeveer 80% van deze gevallen wel toegepast en in 20% niet toegepast op de specifieke situatie. De verhouding bij het Gerechtshof Amsterdam is 60% resp. 40%, en bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch ruim 90% resp. 10%.



ren uit het feit dat waarschijnlijk door de letterlijke weergave van delen uit een rapport impliciet wordt aangegeven dat deze delen relevant waren bij het nemen van een beslissing.<sup>38</sup> In de beschikkingen van de andere Gerechtshoven wordt soms in de eigen motivering expliciet aangegeven dat het rapport van invloed is op het rechterlijk oordeel. Meestal wordt in de rechterlijke overwegingen volstaan met het noemen van een rapport. Soms wordt echter aangegeven welke conclusies uit het rapport doorslaggevend zijn geweest voor de uitspraak. Zodoende wordt aan justitiabelen duidelijkheid verschaft over de wijze waarop een rapport de uitspraak heeft beïnvloed of bepaald. Er wordt meer rechtszekerheid geboden door in de beschikking aan te geven welke rapporten van belang waren en waarom, waarbij de rechter een eigen interpretatie van de bevindingen uit een rapport geeft. Daarom is het aan te bevelen dat, behalve dat duidelijk wordt aangegeven welke onderdelen van een rapport relevant zijn door letterlijke weergave of duidelijke verwijzing, ook een rechterlijk oordeel over de relevantie van een rapport wordt weergegeven in de beschikking. Op deze manier is voor belanghebbenden duidelijker hoe een rapport door de rechter is geïnterpreteerd.

#### *9.3.4.3 Opvatting van de RvdK of GVI*

In de Hofbeschikkingen wordt regelmatig verwezen naar de opvatting van de raadsmedewerker of de gezinsvoogd, of wordt het standpunt van de RvdK of de GVI genoemd. Dit houdt in dat deze ook zijn gehoord ter behandeling van de zaak in hoger beroep en waarschijnlijk aanvullende informatie op een rapport hebben gegeven. De verwijzing naar de opvatting van de RvdK of de GVI staat los van de verwijzing naar een raadsrapport, hulpverleningsplan of voortgangsrapportage.

De Gerechtshoven Amsterdam en Leeuwarden verwijzen in hun beschikkingen bijna altijd naar de mening van de raadsmedewerker of van de gezinsvoogd. Het gebeurt hierbij zeer regelmatig dat zowel de RvdK als de GVI worden gehoord en hun zienswijze in de beschikking wordt verwoord. Het Gerechtshof te 's-Gravenhage verwijst in zijn beschikkingen juist zelden naar de opvatting van de raadsmedewerker of de gezinsvoogd. Hetzelfde geldt voor de beschikkingen van Gerechtshof 's-Hertogenbosch: de RvdK en de GVI worden nauwelijks in de beschikkingen genoemd.

Hoewel het duidelijkheid schept als in een beschikking wordt aangegeven wat het standpunt van de RvdK en/of de GVI is, ook als aanvulling op een rapport, is het mijns inziens niet noodzakelijk dat dit altijd wordt genoemd. Als de situatie van de minderjarige en het gezin is veranderd in de tijd die ligt tussen de behandeling van de zaak bij de kinderrechter en de behandeling in hoger beroep, en dit niet duidelijk wordt uit het rapport, is het wel aan te raden om dit in de beschikking weer te geven, bijvoorbeeld door dit te vermelden onder de opvatting van de raadsmedewerker en/of de gezinsvoogd. Dit komt in het onderzoeksbestand weinig voor. Voor het overige geldt dat een rechterlijke beslissing kan worden versterkt als in de beschikking staat genoemd dat de RvdK en/of de GVI dezelfde mening zijn toegedaan. Aan de andere kant lijkt het voor een justitiabele misschien zo dat als in een beschikking niet naar de RvdK en/of GVI wordt verwezen, of slechts het rapport wordt genoemd, de rechter een meer

---

38 Voor een rechter is het ook verleidelijk om de maatregel te beargumenteren door te verwijzen naar de visie van de raadsrapporteur, zodat hij ouders niet meer hoeft te kwetsen dan noodzakelijk is: zie Van Wijk (1999), p. 127-128 en over de raadsrapportage par. 5.2.

neutrale beslissing heeft genomen. Voor beide manieren valt daarom iets te zeggen.

#### *9.3.4.4 Verwijzing naar gedrag ouders of minderjarige*

Voor ouders en minderjarigen is het naar mijn mening van groot belang dat duidelijk wordt wat de precieze reden is voor het nemen van de beslissing. Vooral als de oorzaak (mede) bij henzelf ligt, is het belangrijk dat dit in de beschikking wordt aangegeven. Zodoende krijgen zij de kans dit te verwerken en te gaan werken aan een verbetering. Zolang niet duidelijk is waarom gedwongen hulpverlening noodzakelijk is of waarom de minderjarige niet langer thuis kan wonen, is verwerking en acceptatie moeilijk, zo niet onmogelijk. Omdat meestal het gedrag van ouders of minderjarigen tot de belangrijkste redenen voor een OTS en/of UHP behoort, is het wenselijk om juist dit gedrag als rechtvaardiging van overheidsinterventie te noemen in de rechterlijke beschikking.

In het merendeel van de beschikkingen wordt op enigerlei wijze naar het gedrag van ouders of van de minderjarige verwezen. Het kan hierbij gaan om pedagogische incapaciteit van ouders, verslavingsverschijnselen, een negatieve houding ten opzichte van vrijwillige hulpverlening, conflicten tussen ouders bij een omgangsregeling of om dusdanig gedrag van een minderjarige dat maakt dat behandeling (bijvoorbeeld orthopedagogisch of in een gesloten inrichting) noodzakelijk is.<sup>39</sup> Het Gerechtshof Arnhem is hierin de uitschieter: slechts in één zaak wordt het gedrag van de ouders of de minderjarige niet genoemd. Ook het Hof 's-Hertogenbosch noemt relatief vaak expliciet het gedrag van ouders of de minderjarige, terwijl Amsterdam relatief weinig verwijst naar enig gedrag als oorzaak voor de maatregel. Overigens wordt overal vaker naar het gedrag van ouders verwezen dan naar het gedrag van de minderjarige.

Juist het resultaat dat in veel beschikkingen het gedrag van ouder en/of kind uitdrukkelijk wordt genoemd als reden tot het nemen van de rechterlijke beslissing, is mijns inziens zeer belangrijk te noemen. Ik ben dan ook van mening dat het voor alle belanghebbenden helpt om zoveel mogelijk openheid en duidelijkheid te scheppen over de noodzaak tot het opleggen van gedwongen hulpverlening, of dit nu binnen het gezin plaatsvindt of dat de minderjarige elders hulp wordt aangeboden. De tendens bij de rechters in eerste aanleg dat zo min mogelijk in de beschikking moet worden genoemd waar de problemen liggen om op deze wijze ouders en minderjarigen als het ware te 'sparen', is mijns inziens af te keuren. Het mag dan wel zo zijn dat hen op de zitting is uitgelegd wat de redenen zijn die tot de rechterlijke beslissing hebben geleid, dit betekent niet dat vervolgens in de beschikking kan worden volstaan met een standaardmotivering. Bij een duidelijke en begrijpelijke rechterlijke motivering moet wel uitdrukkelijk rekening worden gehouden met de formulering: een ouder moet niet worden aangesproken op het feit dat hij niet voldoet aan de vereisten voor het ouderschap. Het gaat er niet om dat ouders worden gewezen op hun falend vermogen tot opvoeden, maar dat hen wordt uitgelegd waarom hun kwaliteiten als ouder op dat moment niet aansluiten op dat wat hun kind nodig heeft. Een motiveringsverplichting zou eventueel alleen minder zwaar dienen te gelden

---

39 De verwijzing naar gedrag moet expliciet en duidelijk in de eigen rechterlijke motivering zijn opgenomen om onder dit aspect van rechterlijke motivering te vallen; het is niet voldoende dat bij het noemen van een rapport impliciet naar gedrag wordt verwezen.

indien alle partijen het eens zijn en akkoord gaan met de beslissing zonder dat verweer is gevoerd.<sup>40</sup>

Ook voor de toetsing door de rechter in hoger beroep is het van groot belang dat de beschikking van de kinderrechter is gemotiveerd. Het is nu vaak zo dat belanghebbenden in hoger beroep pas voor het eerst duidelijk in de beschikking kunnen lezen op welke gronden de rechter tot zijn oordeel is gekomen. Het valt dan ook toe te juichen dat in de beschikkingen van de Hoven wèl veelvuldig wordt verwezen naar de meestal belangrijkste oorzaak tot overheidsinterventie, namelijk enig aspect van het ouderlijk gedrag en/of het gedrag van de minderjarige.

#### 9.3.4.5 *Belang van de minderjarige*

Het belang van het kind wordt in een rechterlijke beschikking ook wel genoemd als argument voor het uitspreken van een OTS en/of UHP. In het wetscriterium voor UHP wordt het belang van de minderjarige specifiek genoemd: “*indien dit noodzakelijk is in het belang van de verzorging en opvoeding van de minderjarige.*” Aan het ‘belang’ is op deze wijze een nadere precisering toegevoegd. Voor de beschikkingen waarin het wetscriterium voor UHP in de rechterlijke motivering is opgenomen, geldt in elk geval dat het belang van de minderjarige met zoveel woorden is genoemd.

Behalve deze manier van verwijzing naar het belang van het kind, is in een aantal beschikkingen als onderdeel van de eigen motivering naar een ‘belang’ verwezen. Dit kan op twee manieren, namelijk door het enkel noemen dat het in het belang van de minderjarige is dat een bepaalde beslissing wordt genomen, of door het specificeren van dit belang door een verwijzing naar concrete omstandigheden. In de beschikkingen van het onderzoeksbestand komen beide variaties voor, al geldt voor alle Gerechtshoven dat het belang van het kind vaker wel dan niet wordt geconcretiseerd. Dit is een wenselijk resultaat dat valt toe te juichen. Het Gerechtshof ’s-Hertogenbosch verwijst in zijn beschikkingen het meest naar het belang van de minderjarige. Het specificeren van het belang-criterium kan worden gerealiseerd door het belang te koppelen aan de eigen mening van de minderjarige. In een aantal beschikkingen is door het weergeven van de opvatting van de minderjarige met betrekking tot de OTS en/of UHP een concrete invulling gegeven aan het belang van de minderjarige.

Hoewel het belang van het kind gemakkelijk als ‘toverformule’ kan worden ingezet ter rechtvaardiging van elke beslissing,<sup>41</sup> geldt dit vooral als het begrip niet nader wordt uitgelegd en toegesneden op de omstandigheden van het geval. Als echter een duidelijke invulling van het belang van de minderjarige wordt gemaakt, kan dit een welkome aanvulling op de rechterlijke motivering zijn. Hoewel het belang van het kind wel in het wetscriterium van de UHP is opgenomen, maar niet in dat van de OTS, lijkt het me duidelijk dat elke beslissing inzake een kinderschermingsmaatregel in het belang van de minderjarige moet zijn; het gaat immers uiteindelijk om zijn of haar bescherming. Daarom is het belangrijk dat een rechterlijke motivering inzake een maatregel van kinder-

---

40 Zie Van Wijk (1999), p. 128. Zij heeft het in deze situaties over de ‘minus-variant’: in elk geval moet het ontbreken van overtuigend verweer door de rechter worden benoemd. Behalve ouders is het namelijk ook voor minderjarigen van belang dat zij achteraf kunnen achterhalen waarom hun recht op ‘family life’ is geschonden.

41 Zie hierover Doek (1988), p. 97-107 en Koens (1998), p. 38-39.

bescherming als argument een concrete invulling aan het belang van de minderjarige geeft, zonder dat het als toverformule wordt ingezet.

#### 9.3.4.6 *Verbetering van omstandigheden*

Een aspect dat ook veelvuldig voorkomt in de rechterlijke motivering betreft het noemen van de verbetering van de gezinssituatie, de houding van ouders ten opzichte van de (gedwongen) hulpverlening of het gedrag of de houding van de minderjarige. Dit benoemde aspect van ‘verbetering’ hoeft niet altijd met zich mee te brengen dat de maatregel niet langer noodzakelijk is. Het kan ook zo zijn dat ondanks het feit dat de omstandigheden zijn verbeterd, er toch nog voldoende reden is om de maatregel te laten voortduren. In dit geval wordt het aspect van ‘verbetering’ gebruikt ter afweging van de noodzaak van gedwongen hulpverlening aan ouders en minderjarige. Het kan ook een positief signaal afgeven aan belanghebbenden.

De verhoudingen tussen de Gerechtshoven bij een verwijzing naar een verbeterde situatie in de beschikking variëren: het Gerechtshof Amsterdam verwijst in bijna 50% van alle zaken naar een verbetering van de situatie, het Gerechtshof ’s-Gravenhage in 33% en het Gerechtshof ’s-Hertogenbosch in 25%. De Gerechtshoven Arnhem en Leeuwarden verwijzen in hun beschikkingen minder vaak naar een verbeterde situatie van het gezin (resp. in 20% en 10%). Ook uit deze resultaten blijkt dat de rechterlijke motiveringen van OTS-beschikkingen van de Gerechtshoven duidelijk verschillen.

In een aantal opzichten is het mijns inziens belangrijk om er in een beschikking in hoger beroep op te wijzen in hoeverre de situatie is verbeterd en of dit voldoende aanleiding geeft om de gedwongen hulpverlening voortvloeiend uit de OTS niet langer te laten voortduren. Ten eerste kan door het maken van een afweging tussen de verbetering en de gronden die in een gezin nog aanwezig zijn voor een OTS en/of UHP een invulling worden gegeven aan het subsidiariteitsbeginsel dat ook in het wetscriterium voor OTS is genoemd, te weten dat ‘*vrijwillige hulpverlening zal falen.*’ Deze grond blijft ook gelden bij een verlenging van de OTS. Als de beschikking tot OTS in hoger beroep niet wordt vernietigd, moet daarom worden aangegeven waarom, ondanks het feit dat er een verbetering is opgetreden sinds het uitspreken van de OTS, toch niet kan worden volstaan met vrijwillige hulpverlening. Dit betekent dat uit de rechterlijke motivering blijkt dat een expliciete rechtmatigheidstoetsing heeft plaatsgehad. Als in de beschikking wordt aangegeven in hoeverre de situatie die tot het opleggen van de OTS-maatregel heeft geleid, is verbeterd, kan zodoende aan het noodzakelijkheidsvereiste worden getoetst.<sup>42</sup>

Ten tweede leidt een verwijzing naar een verbetering van de gezinssituatie ertoe, dat ouders en minderjarigen het gevoel hebben serieus genomen te worden. Zij zijn immers degenen die hebben gewerkt aan een verbetering van omstandigheden en zij zullen dit ook als voornaamste reden zien voor hun opvatting dat een OTS niet langer noodzakelijk is. Beslist een hogere rechter toch tot een bekrachtiging van de beschikking van de kinderrechter, dan dient ter rechtvaardiging van deze beslissing in het belang van de ouders en de minderjarige wel naar de verbetering van de situatie te worden verwezen. Gebeurt dit niet, dan zullen ouders en minderjarigen het gevoel hebben dat niet naar hen is geluisterd

---

42 Het vereiste van toetsing aan de noodzakelijkheid van de maatregel vloeit ook voort uit art. 8 lid 2 EVRM, nl. het overheidsingrijpen in het gezin moet ‘*necessary in a democratic society*’ zijn (zie o.a. Olsson I, EHRM 24 maart 1988, Series A, vol. 130). Zie ook hfst. 11, par. 2.1.

of dat het voor het in stand houden van de OTS niet uitmaakt of de situatie nu verbeterd is of niet. Daarom is het voor hun rechtsgevoel belangrijk dat elke verbetering van de situatie in de rechterlijke motivering wordt genoemd.

Het valt kortom aan te bevelen om in een rechterlijke motivering van een OTS-beschikking in hoger beroep (indien dit het geval is) expliciet te verwijzen naar een verbetering van de gezinssituatie in vergelijking met die ten tijde van de behandeling van de zaak bij de kinderrechter. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om een meer positieve opstelling van ouders tegenover de hulpverlening, om een verbetering van het gedrag van de minderjarige of om een vermindering van conflicten tussen ouders en kind. Hiermee wordt aan de direct belanghebbenden een signaal afgegeven dat hun medewerking bij de OTS serieus wordt genomen. Ook kan worden aangegeven of de verbetering ertoe leidt dat een gedwongen maatregel niet langer noodzakelijk is, of toch niet voldoende is om een OTS en/of UHP niet langer te laten voortduren. Zodoende vindt een impliciete rechtmatigheidstoetsing plaats.

#### *9.3.4.7 Dubbele toetsing*

Een ander aspect van de rechterlijke motivering, dat met het bovenstaande verband houdt, betreft de dubbele toetsing van de hogere rechter. Hiermee bedoel ik dat in hoger beroep tweemaal wordt getoetst: èn de toetsing van de beslissing van de kinderrechter, èn de nieuwe toetsing aan het wetscriterium OTS/UHP ten tijde van de behandeling van de zaak in hoger beroep. Het kan immers zo zijn dat de gezinssituatie ten tijde van de behandeling van de OTS-zaak bij de kinderrechter zodanig was, dat een OTS/UHP noodzakelijk was omdat lichter ingrijpen niet mogelijk was. Gedurende de tijd die ligt tussen de uitspraak van de kinderrechter en de behandeling van de zaak in hoger beroep kan de situatie echter zijn veranderd of verbeterd. Omdat de toetsing in hoger beroep een nieuwe toetsing van de feiten inhoudt, betekent dit dat een hogere rechter in feite tweemaal zou moeten toetsen. De beslissing van de kinderrechter moet op juistheid worden getoetst en daarnaast moet beoordeeld worden of een OTS/UHP nog steeds (op het moment van behandeling in hoger beroep) gerechtvaardigd is.

Ook dit aspect van rechterlijke motivering verschilt in de beschikkingen van de Gerechtshoven. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch geeft in één op de drie zaken duidelijk aan dat de dubbele toetsing heeft plaatsgevonden. Er wordt in de beschikking weergegeven of de beslissing van de kinderrechter gerechtvaardigd was en er wordt een nieuwe rechterlijke toetsing van het verzoek aangegeven. Op deze manier wordt aan belanghebbenden duidelijk gemaakt welke toetsingsaspecten deel uitmaken van de rechterlijke beslissing. Dit laat ook zien dat de nieuwe beoordeling ten tijde van de behandeling in hoger beroep kan verschillen van die van de kinderrechter vanwege gewijzigde omstandigheden. Uit de beschikkingen van de andere Gerechtshoven blijkt maar weinig tot nauwelijks van een dubbele toetsing. Hiermee is niet gezegd dat deze niet heeft plaatsgehad; het zegt enkel iets over de wijze van schriftelijk weergeven en motiveren van de beslissing in hoger beroep.

Het concreet aangeven van een toetsing van de beslissing van de kinderrechter en een toetsing van de omstandigheden van het geval ten tijde van de behandeling in hoger beroep biedt een meer nauwkeurige weergave van de beslissingsmomenten van de rechter. Ook wordt zodoende meer duidelijk op welke manier de rechter in hoger beroep toetst. Aan belanghebbenden wordt een oordeel gegeven over de beslissing waartegen beroep is aangetekend, terwijl

vervolgens rekening wordt gehouden met de gewijzigde omstandigheden. Het valt dan ook te hopen dat in de toekomst meer aandacht wordt gegeven aan de beide toetsingsmomenten en dat deze als zodanig in de beschikking worden aangegeven.

#### *9.3.4.8 Overige aspecten van rechterlijke motivering*

Er zijn nog enkele andere aspecten van de rechterlijke motivering die zijn onderzocht. Dat betreft allereerst de lengte van de motivering; deze verschilt van enkele regels tot meer dan vijf pagina's. Tussen de beschikkingen van de verschillende Gerechtshoven is geen verschil in lengte van de motivering geconstateerd. Wel is het zo dat de motivering per beschikking in lengte varieert. Gemiddeld is de lengte van het gedeelte eigen rechterlijke motivering in de beschikking een halve pagina tot één pagina lang.

Behalve een verwijzing naar het gedrag van ouders of minderjarigen, bevat een motivering een enkele maal een verwijzing naar de problemen in het gezin. Dit gaat meestal samen met het noemen van het gedrag van ouders en/of de minderjarige. Het is dan een extra argument ter onderbouwing van de beslissing, of een nadere concretisering van de gevolgen van het gedrag van betrokkenen. In het onderzoeksbestand van rechterlijke motiveringen wordt maar weinig verwezen naar problemen in het gezin (in totaal zes keer). Dit kan toch niet betekenen dat maar in zo weinig gevallen de problemen in het gezin een oorzaak zijn van het opleggen van een OTS/UHP. Het ligt meer voor de hand om te concluderen dat er vaker problemen in het gezin zijn die een OTS/UHP noodzakelijk maken, maar dat deze niet in de motivering worden genoemd. De specifieke problemen in het gezin die niet direct zijn te herleiden uit het gedrag van ouders of minderjarigen of die juist voortvloeien uit dit gedrag zouden vaker als aspect in de rechterlijke motivering moeten worden opgenomen.

Tenslotte is in een aantal beschikkingen een soort van 'belofte' van de rechter aan betrokkenen gevonden. Hiermee wordt bijvoorbeeld bedoeld: 'als volledig aan de omgang wordt meegewerkt, is een OTS niet langer noodzakelijk' of 'als de omgangsregeling goed verloopt, kan meer omgang plaatsvinden.' De beschikkingen van Gerechtshof 's-Gravenhage bevatten de meeste beloften aan belanghebbenden. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft geen beschikkingen afgegeven die beloften inhouden. Hoewel het voor belanghebbenden misschien aantrekkelijk is dat toezeggingen worden gedaan en positief resultaat in het vooruitzicht wordt gesteld, valt te hopen dat de rechterlijke beloften geen loze beloften blijken. Het is namelijk uiteindelijk toch de gezinsvoogd in dienst van de GVI die het verdere hulpverleningsbeleid omtrent een gezin zal bepalen. De rechter heeft een passieve rol en kan slechts beslissen als daartoe wordt verzocht. Het komt ook wel voor dat de hogere rechter een aanwijzing geeft aan de gezinsvoogd ter uitvoering van zijn beleid. Dit is naar mijn mening geen juiste invulling van de rechterlijke taak, die ophoudt bij de toetsing van beslissingen. Betrokkenen zullen dan ook geen beroep kunnen doen op de belofte uit de beschikking zolang de gezinsvoogd hier niet achter staat. Dergelijke beloften dienen dan ook te worden voorkomen ter verduidelijking van de taakverdeling tussen rechter en GVI.

## 9.4 Conclusie

Het empirisch onderzoek naar OTS-beschikkingen waartegen in 1997 hoger beroep is ingesteld heeft belangrijke resultaten opgeleverd. Behalve meer inzicht te hebben verkregen in de wijze van motiveren van Hofbeschikkingen, is ook een aantal belangrijke factoren aan de oppervlakte gekomen over de werking van de gewijzigde OTS-procedure in de praktijk. De voornaamste doelstelling van de gewijzigde OTS-regeling, namelijk een scheiding der machten tussen kinderrechter en GVI waarbij het versterken van de rechtspositie van ouders en minderjarige uitgangspunt was, blijkt niet in alle opzichten te zijn bereikt.

Uit het onderzoek blijkt dat het aantal OTS-beschikkingen waartegen beroep wordt ingesteld zeer laag is, namelijk minder dan twee procent.<sup>43</sup> Hoewel er niet eerder onderzoek is gedaan naar het aantal beroepszaken tegen OTS, ook niet onder de oude regeling, en derhalve niet duidelijk is of dit vóór de wetswijziging in 1995 anders was, ben ik van mening dat dit percentage opmerkelijk laag is. Laat ik voorop stellen dat ik geen voorstander ben van een overgejuridiseerd kinderbeschermingsapparaat. In veel zaken is het ook zo dat alle betrokkenen akkoord gaan met een OTS of een UHP. Het gaat hierbij vaak om situaties waarin vrijwillige hulpverlening al veelvuldig vergeefs is ingezet en een andere weg niet mogelijk lijkt. De kinderrechter, raadsmedewerker en gezinsvoogd hebben dan ook de taak om ouders te laten inzien dat het in het belang van hun kind is dat gedwongen hulpverlening wordt opgelegd. Als het gaat om oudere minderjarigen is het vaak de jongere zelf die overtuigd moet worden, terwijl ouders al achter een verzoek tot UHP staan. In al deze situaties waar betrokkenen overtuigd zijn van de noodzaak tot een OTS met of zonder UHP, is het niet nodig dat vaker hoger beroep wordt ingesteld. Dit zou zelfs belemmerend werken voor de hulpverlening aan het gezin.

Het gaat bij de roep om een duidelijke rechterlijke motivering dan ook vooral om situaties waarin ouders of minderjarigen niet overtuigd kunnen worden van de noodzaak tot gedwongen hulpverlening. Hierbij kan het bijvoorbeeld gaan om ouders die de ernst van de gezinsproblematiek niet willen of kunnen inzien, om minderjarigen die bij een gesloten plaatsing het gevoel hebben dat zij zonder reden gestraft worden, of om ouders die eigenlijk niet begrijpen waarom juist hun kind onder toezicht wordt gesteld, maar die niet mondig genoeg zijn om zelf de weg naar de hogere rechter te vinden en daarom maar berusten in de beslissing. Het uitspreken van een OTS betekent dat zodanig in het gezinsleven wordt ingegrepen, dat ouders en minderjarigen er recht op hebben dat deze beslissing wordt gerechtvaardigd en in hoger beroep kan worden getoetst. Nu in bijna alle gevallen als motivering van een OTS bij de rechtbanken slechts een standaardbeschikking wordt afgegeven, en betrokkenen hoogstens uit de mondelinge toelichting op de uitspraak ter zitting een rechtvaardiging kunnen afleiden, is de mogelijkheid van hoger beroep van essentieel belang. Het is nog maar de vraag of betrokkenen bij een OTS, die vaak moeite hebben met de ingewikkeldheid van de juridische regeling en meestal niet worden bijgestaan door een advocaat, zelf de weg kunnen vinden naar een Gerechtshof.

De toegenomen juridisering van de OTS-procedure heeft ertoe geleid dat de GVI's meer aandacht hebben gekregen voor de noodzaak van voldoende juridi-

---

43 Dit percentage lijkt de laatste jaren constant; zo is bijv. tegen OTS-beschikkingen in Almelo in 1999 maar voor 1% hoger beroep ingesteld.

sche ondersteuning binnen de instelling.<sup>44</sup> Veel GVI's hebben inmiddels één of meer juristen in dienst die ook in plaats van of samen met de gezinsvoogd het woord kunnen voeren op een OTS-zitting, vooral als het gaat om conflicten tussen een gezinsvoogd en ouders of minderjarigen. Als het een OTS-zitting betreft van een eerste verzoek van de RvdK tot OTS met of zonder UHP, dan wordt dit verzoek meestal gedaan door speciale zittingsmedewerkers van de RvdK. Ook zij zijn juridisch gespecialiseerd en hebben veel ervaring met OTS-zittingen. Deze ontwikkelingen maken het mijns inziens noodzakelijk om ook ouders en minderjarigen te wijzen op de mogelijkheid van rechtsbijstand in een OTS-zaak, in elk geval in die situaties waar zij verweer willen voeren. Zij kunnen via een Bureau Rechtshulp of een advocatenkantoor bij de raad voor rechtsbijstand om een toevoeging verzoeken, maar zullen dan een (afhankelijk van hun inkomen meer of minder hoge) eigen bijdrage moeten betalen. Het is nog maar de vraag of zij na advies van een advocaat of een medewerker van een Bureau Rechtshulp nog steeds van mening zijn dat bijstand van een advocaat noodzakelijk is, ook omdat hun misschien zal worden voorgehouden dat procesvertegenwoordiging bij een OTS niet verplicht is en het niet gaat om een juridisch inhoudelijk ingewikkelde zaak. Het is hierbij dan ook van groot belang dat zij een juiste voorlichting krijgen over de mogelijkheid en meerwaarde van rechtsbijstand, want zelf zullen zij dit meestal niet kunnen inschatten. Als de informatie over rechtsbijstand afkomstig is van de RvdK of de GVI, zou de verleiding voor deze instellingen groot kunnen zijn om niet te veel de nadruk te leggen op de meerwaarde van een advocaat.<sup>45</sup>

In de praktijk zijn het vooral de ouders die eerder met een echtscheiding te maken hebben gehad die hun advocaat meenemen naar de zitting. Dit zijn dan ook vaak zittingen waar over een zogenaamde 'omgangs-OTS' wordt beslist, namelijk een OTS om de omgang tussen het kind en beide ouders te structureren met behulp van een gezinsvoogd. Voor zowel ouders als voor een minderjarige kan het een duidelijke meerwaarde hebben om te worden bijgestaan door een advocaat, juist omdat de instellingen juridisch steeds sterker zijn geworden.<sup>46</sup> Vooral als zij verweer willen voeren, hebben zij het recht om zorgvuldig geïnformeerd te worden over de mogelijkheden en eventuele voordelen van rechtsbijstand. Op deze wijze kunnen zij als zwakste partij bij een OTS meer juridische weerstand bieden. Ook kan een advocaat adviseren over de mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep tegen een OTS-beschikking.

---

44 N.a.v. de wetsevaluatie OTS (zie De Savornin Lohman, Bruning e.a. (2000)) heeft de staatssecretaris van Justitie benadrukt dat gewerkt zal worden aan een versterking van de juridische discipline binnen de instellingen voor voogdij en gezinsvoogdij (*Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 400 VI, nr. 52). Zie over de noodzaak en de voordelen van juridische bijstand voor de GVI door het aanstellen van een juridische medewerker Verheij (1999), die ook aangeeft dat het voor een gezinsvoogd lastig kan zijn voldoende weerwoord te geven als een advocaat de minderjarige of ouders bijstaat of als het gaat om zeer mondige ouders. Mijns inziens wordt hier vergeten dat het bij een OTS meestal juist om ouders gaat die niet worden bijgestaan door een advocaat en die vaak moeilijk hun weg kunnen vinden in de ingewikkelde juridische regeling.

45 Hierop wordt ook gewezen door Verheij (1999), p. 28.

46 Op de studiedag 'OTS en ontheffing' die is gehouden op 30-10-1997 is voorgesteld om verplichte rechtsbijstand in te voeren voor alle minderjarigen die te maken krijgen met een verzoek tot UHP in het kader van een OTS; zie hierover Bruning (1998), p. 114. Ook in het rapport n.a.v. de wetsevaluatie OTS wordt de aanbeveling gedaan om voor minderjarigen vanaf twaalf jaar bij ingrijpende beslissingen (nl. bij elke UHP) een advocaat toe te voegen; zie De Savornin Lohman, Bruning e.a. (2000), p. 134. Zie verder hfst. 11, par. 2.2.



Als hoger beroep wordt ingesteld tegen een OTS-beschikking, blijkt dit vooral te gebeuren door ouders (ouder met gezag, ouder zonder gezag of beide ouders) bij een eerste OTS of eerste machtiging UHP. Als hoger beroep wordt ingesteld tegen een machtiging UHP, gaat het in de helft van alle zaken om een pleeggezinplaatsing. Dit alles valt te verklaren uit het feit dat juist in deze gevallen ouders opkomen voor hun belangen en/of de belangen van hun kind.

Het aantal zaken dat in hoger beroep voor de appellant succes oplevert in de zin dat de OTS-beschikking (betreffende OTS of machtiging UHP) geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd, betreft in 1997 ongeveer 25%. Ook dit stemt niet direct tot vreugde, vooral omdat het maar voor 64% een vernietiging betrof omdat de kinderrechtser een onjuiste beslissing had genomen.<sup>47</sup> Gezien het feit dat cassatie bij een OTS-beschikking moeilijk haalbaar is en het veelal om een feitelijke beslissing gaat die niet in cassatie kan worden getoetst, zou het voor de rechtspositie van belanghebbenden en de rechtseenheid waardevol zijn als meer uitspraken in hoger beroep zouden worden gepubliceerd. Juist omdat er weinig zicht is op toepassing van de OTS door de verschillende kinderrechtser (ook omdat meestal een standaardbeschikking wordt gegeven en het zelden voorkomt dat een uitspraak in eerste aanleg wordt gepubliceerd), kan meer openheid ertoe leiden dat meer rechtseenheid kan worden nagestreefd. Voor een juiste inschatting van de waarde van het percentage van 25% van de OTS-zaken waartegen hoger beroep is aangetekend (is dit nu relatief veel of weinig?), waarna de beschikking is vernietigd, is verder onderzoek nodig naar civiel appèl, vooral in het kader van een OTS.

Een aantal factoren is van belang voor de vraag of de appellant ontvankelijk wordt verklaard. De appellant moet een gerechtvaardigd belang hebben. Als de termijn van een OTS of machtiging UHP is verstreken op het moment dat de zaak in hoger beroep wordt behandeld, ontbreekt er een gerechtvaardigd belang en is de appellant niet-ontvankelijk. Juist omdat het bij een OTS gaat om gezinssituaties en problemen die snel veranderen, waarbij ook nog speelt dat er een groot tekort is aan opvang- en behandelplaatsen voor minderjarigen, waardoor zij vaak snel wisselen van verblijfplaats, komt het regelmatig voor dat de situatie ten tijde van de behandeling in hoger beroep zodanig is veranderd, dat er geen belang meer is en tot niet-ontvankelijkheid wordt beslist. Verder is bij het instellen van hoger beroep altijd sprake van enig tijdsverloop, omdat het in het algemeen nu eenmaal enkele maanden duurt voordat een zaak bij een Gerechtshof behandeld kan worden. Dit alles leidt ertoe dat een substantieel aantal appellanten een beslissing tot OTS of UHP niet succesvol ter toetsing aan een hogere rechter kan voorleggen. Het valt te hopen dat de Gerechtshoven zullen bevorderen dat OTS-zaken zo snel mogelijk in hoger beroep ter zitting worden behandeld om onnodige niet-ontvankelijkheidsverklaringen te voorkomen. Dit kan bijvoorbeeld door alsnog in het uniform reglement van de Gerechtshoven voor rekestprocedures in familiezaken een regeling op te nemen voor de OTS-procedure in hoger beroep.<sup>48</sup>

Tenslotte bestaat er nog geen eenduidigheid over de vraag of een minderjarige die gesloten is geplaatst en in dat kader een raadsman toegevoegd heeft gekregen, tegen deze beschikking zelfstandig in hoger beroep kan. Soms wordt de minderjarige in dit geval niet-ontvankelijk verklaard, terwijl in andere gevallen de minderjarige in hoger beroep wel ontvankelijk is. Er moeten hierover duide-

---

47 Zie par. 9.2.1.7.

48 Zie voor het uniform reglement Trema 2000, nr. 2, p. 80-81.

lijke afspraken worden gemaakt, die de rechtspositie van de minderjarige in het kader van plaatsing in een gesloten inrichting (waarbij duidelijk van een vrijheidsbenemende maatregel in de zin van art. 5 EVRM gesproken kan worden) voldoende garanderen.

De rechterlijke motiveringen van OTS-beschikkingen in hoger beroep doorstaan naar mijn mening de toets der kritiek. Slechts in 12% wordt enkel een standaardmotivering gegeven. Dit percentage is nog te hoog, want mijns inziens zouden rechters voor geen enkele OTS-beschikking in hoger beroep mogen volstaan met een standaardzin, zoals veelal bij OTS-beschikkingen in eerste aanleg gebeurt. In alle omstandigheden, al zijn alle belanghebbenden akkoord met de beslissing dat gedwongen hulpverlening noodzakelijk is, dient een motivering meer in te houden dan een enkele verwijzing naar het wetsartikel of naar een inhoudsloze standaardzin. Belanghebbenden hebben het recht op een afdoende motivering, waaruit een rechtvaardiging voor de inbreuk in het gezinsleven kan worden afgeleid. Juist in hoger beroep, waar duidelijk is dat niet alle belanghebbenden het eens zijn met de beslissing van de kinderrechter, dient in alle gevallen deugdelijk te worden gemotiveerd.

Bij de bestudering van de Hofbeschikkingen is gepoogd een aantal aspecten te onderscheiden bij de toetsing van de rechterlijke motivering (hieronder wordt niet het vaststellen van de feiten en het verloop van de procedure gerekend). Deze aspecten kunnen worden gezien als minimale vereisten die gesteld zouden moeten worden aan een rechterlijke motivering in het kader van een OTS.<sup>49</sup> Ik wil ze als zodanig als leidraad meegeven aan een ieder die te maken krijgt met een OTS-motivering, in de eerste plaats aan hen die zijn belast met de rechterlijke motivering. Alle aspecten kwamen in meerdere of mindere mate voor in de rechterlijke motiveringen die zijn bestudeerd. Opvallend daarbij waren de grote verschillen tussen de Gerechtshoven; gebleken is dat elk Hof zijn eigen accenten legt.

Een belangrijk aspect van een deugdelijke motivering betreft de rechtmatigheidstoetsing, waarbij wordt vermeld op grond van welke feiten de inbreuk in het gezinsleven rechtmatig is. Indien bij een OTS wordt aangegeven dat vrijwillige hulpverlening heeft gefaald zal falen, of bij een UHP wordt aangegeven waarom de minderjarige niet langer thuis kan blijven wonen en waarom een UHP in vrijwillig kader niet mogelijk is, is mijns inziens aan de expliciete rechtmatigheidstoets voldaan. Dit is ook een grond waaraan moet worden getoetst bij het opleggen van een OTS of UHP. In de Hofbeschikkingen uit 1997 is slechts in 32% expliciet aangegeven waarom een lichtere vorm van ingrijpen niet mogelijk is. Dit percentage is te laag, ook omdat het hier gaat om een concrete grond die houvast biedt en gemakkelijk getoetst kan worden. Het is dan nog maar een kleine stap om die toetsing ook schriftelijk weer te geven in de rechterlijke motivering. In dat geval wordt aan belanghebbenden concreet duidelijk gemaakt waarom een OTS of UHP noodzakelijk is, en geeft de motivering derhalve een begrijpelijke concrete rechtvaardiging. Waarschijnlijk zal dit voor belanghebbenden veelal het belangrijkste aspect van de rechtvaardiging inhouden: waarom is gedwongen hulpverlening noodzakelijk? Dit is duidelijker dan te motiveren dat de minderjarige in zijn belangen wordt bedreigd, omdat deze bedreiging dan alsnog in een vrijwillig kader zou kunnen worden verholpen. Ik zie de rechtmatigheidstoetsing dan ook als essentieel onderdeel van een

---

49 Zie ook hfst. 11, par. 2.2.

deugdelijke motivering; zowel voor OTS-beschikkingen in hoger beroep als in eerste aanleg zou hier expliciet naar moeten worden verwezen.

Als in de rechterlijke motivering gebruik wordt gemaakt van het wetscriterium voor OTS of UHP zoals deze in de wet zijn opgenomen, is dit naar mijn mening alleen zinnig indien het verband wordt aangegeven tussen het criterium (dat een open norm bevat) en de gezinssituatie of de problematiek van de minderjarige. Alleen in dat geval heeft een verwijzing naar het wetscriterium een duidelijke meerwaarde. De toegepaste verwijzing naar het wetscriterium is belangrijk voor een deugdelijke motivering, omdat belanghebbenden dan kan worden uitgelegd waarom de concrete situatie door de rechter zodanig wordt geïnterpreteerd, dat deze valt onder de situaties die de wetgever voor ogen heeft bij een OTS of UHP. Ook op deze wijze wordt de inbreuk in het gezinsleven door het opleggen van gedwongen hulpverlening gerechtvaardigd.

Het is belangrijk dat in een OTS-beschikking wordt verwezen naar de aard van de problematiek. Pas als eerlijk en openhartig wordt gewezen op de problemen die een OTS of UHP noodzakelijk maken, worden ouders en minderjarigen mijns inziens serieus als rechtssubject behandeld. Pas dan worden zij als burgers serieus genomen, ook al is het soms aantrekkelijk om hen te sparen en de moeilijke boodschap te verhullen of te verzachten. Uit het onderzoek blijkt dat in de rechterlijke motivering vaak naar het gedrag van ouders of minderjarigen wordt verwezen, bijvoorbeeld naar verslavingsproblematiek van ouders of naar de noodzaak van orthopedagogische behandeling van de minderjarige. Dit is een positief resultaat en valt dan ook toe te juichen. Naar de problemen binnen het gezin wordt maar heel weinig verwezen terwijl dit waarschijnlijk wel vaker speelt; dit zou meer genoemd kunnen worden.

Ook het ‘belang van de minderjarige’ wordt in de beschikkingen uit het onderzoeksbestand veelvuldig genoemd, waarbij het niet slechts als toverformule zonder inhoud wordt gebruikt, maar wordt ingevuld aan de hand van concrete factoren. Het belang van het kind krijgt hierdoor een duidelijke functie en inhoud; dit is belangrijk voor belanghebbenden, omdat bij een belangenafweging toch veelal het belang van het kind voorop wordt gesteld. De toetsing van de motivering van de beschikkingen van de Gerechtshoven is op dit punt ook succesvol gebleken.

De overige aspecten voor een deugdelijke motivering in OTS-zaken betreffen de verwijzing naar de deskundigenrapporten (van RvdK, GVI of extern deskundige), een verwijzing naar een verbetering van omstandigheden van ouders en/of minderjarige en een verwijzing naar de toetsing van zowel de beslissing van de kinderrechter als de nieuwe toetsing ten tijde van het hoger beroep. Als in een motivering wordt verwezen naar enig rapport, is het essentieel dat het rapport niet klakkeloos wordt genoemd, maar dat wordt aangegeven waarom het van belang is en welke onderdelen uit het rapport voor de beslissing relevant zijn. Gebeurt dit niet, dan wordt naar belanghebbenden toe de schijn gewekt dat de rechter onder één hoedje speelt met de deskundige raadsmedewerker, gezinsvoogd of extern deskundige. Dit moet boven alles worden vermeden. Een verwijzing naar verbeterde omstandigheden geeft aan dat de verbetering bij ouders of minderjarige wordt opgemerkt en gewaardeerd en verklaart waarom de verbetering eventueel toch niet voldoende is om een OTS of UHP te stoppen. Tenslotte geeft een verwijzing naar de dubbele toetsing aan dat de beslissing van de kinderrechter daadwerkelijk is getoetst door een hogere rechterlijke instantie, en

dat daarnaast de nieuwe omstandigheden zijn meegewogen bij het nemen van een beslissing.

Concluderend kan ik stellen dat de kinderrechters in eerste aanleg hun beschikkingen voldoende zouden moeten motiveren in plaats van slechts te volstaan met een standaardoverweging. De overheidsinterventie in het gezinsleven door toepassing van de OTS (met eventueel een UHP) is over het algemeen wel voldoende concreet gerechtvaardigd voor de zaken waartegen in het jaar 1997 hoger beroep is ingesteld. Hoewel eerder is aangegeven op welke manier een rechterlijke motivering verbeterd zou kunnen worden, waarbij altijd moet worden gestreefd naar een zo deugdelijk mogelijke motivering, wordt in een groot deel van alle Hofbeschikkingen naar mijn mening voldoende gemotiveerd. Dat dit nog niet betekent dat de kinderrechters in eerste aanleg ook voldoen aan het vereiste van een deugdelijke motivering spreekt voor zich. Verder gaat het in zaken waartegen hoger beroep wordt ingesteld in het algemeen om de meest mondige en vechtlustige ouders, en om veel conflicten over de OTS. Een duidelijke motivering is mede daarom zeer belangrijk. Dit helpt belanghebbenden ook bij de acceptatie van de gedwongen hulpverlening. Alleen dit laatste zou voor elke kinderrechtser al voldoende reden moeten zijn om bij elke motivering van een OTS of UHP bovengenoemde aspecten voor ogen te houden.

Nu gebleken is dat in 1997 slechts in minder dan 2% van alle OTS-beschikkingen hoger beroep is ingesteld, betekent dit dat in de meeste OTS-zaken, namelijk die waartegen geen hoger beroep wordt ingesteld, over het algemeen met een standaardmotivering van de rechter in eerste aanleg wordt volstaan. In dat geval wordt de overheidsinbreuk op het gezinsleven met de rechterlijke motivering onvoldoende gerechtvaardigd, net zoals de rechtsgronden en doelstellingen van de maatregelen van kinderbescherming onvoldoende rechtvaardiging bieden. In de volgende hoofdstukken zal dan ook gezocht worden naar mogelijke verbeteringen van de directe rechtvaardiging bij toepassing van een maatregel van kinderbescherming. Hierbij zullen enkele recente ontwikkelingen in het Canadese systeem van kinderbescherming worden beschreven die ter inspiratie zouden kunnen dienen. Vervolgens zal een voorstel worden gedaan voor een herziening van de Nederlandse randvoorwaarden bij kinderbescherming en het maatregelenpakket.



## 10 Rechtvaardiging van kinderbescherming in Canada

### 10.1 Inleiding

In het Canadese *common law* rechtsstelsel wordt op een andere manier dan in Nederland invulling gegeven aan directe rechtvaardiging van overheidsinterventie binnen het gezin bij het toepassen van een kinderbeschermingsmaatregel. Juist omdat in Nederland de directe rechtvaardiging bij kinderbescherming door middel van concrete rechtsgronden, duidelijke doelstellingen bij het toepassen van een maatregel van kinderbescherming en een heldere rechterlijke motivering bij het uitspreken van een maatregel verbetering behoeft (zie hierover de voorgaande hoofdstukken), is het zinvol om inspiratie op te doen bij een rechtsstelsel dat tot een andere rechtsfamilie behoort. De Anglo-Amerikaanse rechtsfamilies hebben het wettelijke stelsel van kinderbescherming namelijk op een andere wijze ingevuld. Dit kan interessante ingangen bieden bij het denken over verbeteringen van de kinderbeschermingsmaatregelen in Nederland.

In Canada zijn in de laatste decennia veel ontwikkelingen gaande die betrekking hebben op het stelsel van kinderbescherming. Alle kinderbeschermingswetten zijn herzien en er wordt uitdrukkelijk gezocht naar alternatieven voor de huidige kinderbeschermingsprocedures en de maatregelen van kinderbescherming. Zonder te streven naar mogelijke verklaringen van de verschillen in directe rechtvaardiging bij kinderbescherming in Canada en Nederland (beide rechtsstelsels zijn dermate verschillend van karakter dat dit een nieuwe studie zou vergen) en zonder de illusie te hebben om tot een oordeel te kunnen komen omtrent de effectiviteit van de kinderbescherming in beide landen, zullen deze ontwikkelingen worden gebruikt als aanknopingspunten om tot nieuwe ideeën te komen voor het Nederlandse stelsel van kinderbescherming. De nadruk zal met name liggen op mogelijke verbeteringen van directe rechtvaardiging van Nederlandse overheidsinterventie in het gezinsleven bij kinderbescherming.

Het is in feite onjuist te spreken over het ‘Canadese kinderbeschermingsstelsel’: kinderbescherming is (overigens net als in de Verenigde Staten) provinciaal geregeld en de regelgeving verschilt dan ook in elk van de dertien Canadese provincies en territoria.<sup>1</sup> Toch bestaan er veel overeenkomsten tussen de verschillende wetten; zo is het wettelijk kader voor overheidsinterventie in het gezin ter bescherming van de minderjarige in grote mate gelijk. In dit hoofdstuk zullen in grote lijnen de algemene kenmerken van het stelsel van kinderbescherming in de verschillende Canadese provincies worden beschreven, waarbij in het bijzonder de wetten uit de drie economisch sterke provincies met de meeste inwoners, te weten Ontario, Québec en British Columbia, als uitgangspunt worden genomen. Waar nodig zal worden ingegaan op juridische verschillen tussen de provincies en op recente ontwikkelingen binnen bepaalde provincies. Na een kort historisch overzicht zal een schets van het juridische stelsel van kinderbescherming in Canada worden gegeven, waarbij aandacht zal worden geschonken aan procedurele aspecten bij kinderbescherming en vervolgens

---

1 Canada bestaat uit tien provincies en drie territoria. Het gaat in dit verband te ver om gedetailleerd in te gaan op het onderscheid hiertussen; het belangrijkste verschil is, naast het verschil in bevolkingsdichtheid, de juridische verhouding met de federale overheid. Waar verder gesproken wordt over provincies, dient ook territoria gelezen te worden.

de verschillende kinderbeschermingsmaatregelen zullen worden besproken. Daarna zal de directe rechtvaardiging van overheidsinterventie ter bescherming van de minderjarige in Canada worden geanalyseerd. Hierbij zal worden beschreven wat in Canada de inhoud is van de rechtsgronden voor de verschillende maatregelen van kinderbescherming, hoe wettelijk invulling wordt gegeven aan de doelstellingen bij de toepassing van een maatregel en hoe de kinderrechters hun beslissingen inhoudelijk motiveren. Waar nodig zal ter aanvulling verwezen worden naar ontwikkelingen in de Verenigde Staten en in Engeland, waar soortgelijke wetgeving op het gebied van kinderbescherming bestaat.

## 10.2 Kinderbescherming in Canada

### 10.2.1 Introductie

Canada heeft een federale rechtsvorm en bestaat thans uit dertien provincies. Er bestaat een verdeling van bevoegdheden tussen de centrale wetgever en de provinciale wetgevers. Zo is het strafrecht op basis van de Canadese Constitutie in principe een federale bevoegdheid en is het privaatrecht behoudens enkele expliciete uitzonderingen een provinciale bevoegdheid.<sup>2</sup> In het Canadese jeugdrecht bestaat dan ook een scheiding tussen het jeugdstrafrecht, dat op federaal niveau is geregeld, en het kinderbeschermingsrecht, dat op provinciaal niveau is geregeld.

Sinds 1982 heeft Groot-Brittannië geen enkele wetgevende bevoegdheid meer over Canada. Ook is op dat moment de *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (verder: de *Charter*) in werking getreden. Het is in de rechtspraak inmiddels algemeen aanvaard dat met een wettelijke UHP van een minderjarige uit het ouderlijk huis door de overheid een inbreuk wordt gemaakt op het recht van ouders op “*life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.*”<sup>3</sup> De Supreme Court heeft dit in 1999 als volgt verwoord: “...*state removal of a child from parental custody... constitutes a serious interference with the psychological integrity of the parent... Besides the obvious distress arising from the loss of companionship of the child, direct state interference with the parent-child relationship... is a gross intrusion into a private and intimate sphere. Further, the parent is often stigmatized as ‘unfit’ when relieved of custody. As an individual’s status as a parent is often fundamental to personal identity, the stigma and distress resulting from a loss of parental status is a particularly serious consequence of the state’s conduct.*”<sup>4</sup> Deze recente uitspraak is van groot belang, omdat hierin uitdrukkelijk wordt gesteld dat de bescherming die voortvloeit uit s. 7 van de *Charter* zich uitstrekt tot civielrechtelijke kinderbeschermingsprocedures en dat dit tot positieve verplichtingen voor de overheid kan leiden.<sup>5</sup>

---

2 Art. 91 en 92 van de *Constitution Act* uit 1867 bepalen deze verdeling. Wat betreft het familierecht geldt slechts federale regelgeving op het gebied van echtscheiding en van zekere huwelijksbeletsen. Zie ook Kokkini-Iatridou e.a. (1988), p. 238-246.

3 S. 7 van de *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

4 *New Brunswick (Minister of Health & Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, r.o. 61. Zie ook par. 2.3.4.

5 Zie Thompson (2000), p. 90-95.

Uit de *Charter* valt een aantal rechten af te leiden in het kader van kinderscherming. Zo geldt dat als wordt ingegrepen in het gezinsleven, bijvoorbeeld als een minderjarige uit huis wordt geplaatst, de ouders het recht hebben om binnen een redelijke termijn door een rechter te worden gehoord. Ook wordt de bevoegdheid van kinderschermingsorganisaties beperkt om zonder rechterlijke beslissing kinderen uit het gezin weg te halen.<sup>6</sup> Hoewel rechters in de Verenigde Staten op basis van de Amerikaanse grondrechten die zijn vastgelegd in de *Constitution* aan betrokkenen al sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw belangrijke procedurele waarborgen hebben toegekend in kinderschermingszaken<sup>7</sup>, en in de Canadese juridische literatuur vanaf de jaren tachtig wordt gepleit voor de toepassing van de *Charter* in kinderschermingszaken<sup>8</sup>, heeft het sinds de inwerkingtreding van de *Charter* nog even geduurd voordat deze in kinderschermingszaken is toegepast. In de Canadese rechtspraak wordt pas sinds het vorige decennium uitdrukkelijk aandacht besteed aan de rechten die zouden kunnen voortvloeien uit de *Charter* met betrekking tot het familierecht, in het bijzonder inzake kinderscherming.<sup>9</sup> Zo is een aantal uitspraken gedaan met betrekking tot medische behandeling van een minderjarige als ouders hiermee niet instemmen in verband met hun geloofsovertuiging, waarbij het gaat om een belangenafweging tussen het recht op bescherming van de minderjarige en het recht op vrijheid van godsdienst van het gezin. Canadese rechtbanken hebben over het algemeen het gebruik van een kinderschermingsmaatregel ter medische behandeling van een minderjarige ondanks verzet hiertoe van ouders vanwege hun geloof geoorloofd geacht.<sup>10</sup>

### 10.2.2 De oorsprong van kinderschermingswetgeving

De invoering van de eerste federale jeugdstrafwet in 1908 komt voort uit een ontwikkeling in de Canadese provincie Ontario, waar aan het eind van de negentiende eeuw provinciale wetgeving werd opgesteld om verwaarloosde kinderen bescherming te bieden. De Verenigde Staten en Groot-Brittannië waren Canada voorgedaan met het invoeren van wettelijke regelingen ter bescherming

6 Baker (1995), p. 241.

7 In 1965 heeft de Supreme Court van de Verenigde Staten voor het eerst bepaald dat er een algemeen recht op privacy bestaat in “*matters of intimate family and personal life*” (*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 [1965]). Sinds deze uitspraak kunnen de Amerikaanse kinderschermingswetten aan de *U.S. Constitution* worden getoetst. In 1981 en 1982 heeft de Supreme Court van de Verenigde Staten vastgesteld dat een UHP van minderjarigen een inbreuk op het recht van vrijheid betreft dat moet voldoen aan de vereisten van ‘*due process*’ (*Lassiter v. Dept. of Social Services of Durham County, North Carolina*, 452 U.S. 18, 101 S.Ct. 1388 [1981]; *Santosky v. Kramer*, 455 U.S. 745, 102 S.Ct. 1388 [1982]). Zie Zylberberg (1992), p. 264-266.

8 Thompson (1989) en Zylberberg (1992).

9 Recent heeft de Supreme Court twee belangrijke uitspraken gedaan met betrekking tot procedurele rechten in een kinderschermingszaak (*New Brunswick [Minister of Health & Community Services] v. G. [J.]*, [1999] 3 S.C.R. 46 (zie noot 4) en *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519). Bala oordeelt in 1995 nog dat er in de Canadese rechtspraak geen enkele aandacht wordt besteed aan procedurele rechten inzake kinderscherming op grond van de *Charter*; Bala (1995), p. 464, 472.

10 Genereux (1991), p. 59-61. In Newfoundland is de wet overigens wel herzien omdat de procedurele rechten van ouders niet voldoende waren gewaarborgd. Het gebruik van een voorlopige maatregel van kinderscherming om snel een medische behandeling te starten was niet voorzien van voldoende procedurele garanties, zoals het recht van ouders te worden ingelicht over een medische behandeling van hun kind en binnen een redelijke termijn door een rechter te worden gehoord.



van verwaarloosde minderjarigen.<sup>11</sup> Op grond van deze wetten kon de overheid ingrijpen in het gezinsleven ter bescherming van de minderjarige; het ouderlijk gezag kon, indien nodig, worden ontnomen. De overheidsinterventie in het gezinsleven werd in deze wetten gelegitimeerd op grond van de *parens patriae* doctrine.

De term *parens patriae*, oftewel ‘Vadertje Staat’, verwijst in historisch opzicht naar de verantwoordelijkheid van de Engelse staat in de zestiende eeuw voor kinderen en andere onderdanen die zichzelf niet juridisch konden beschermen.<sup>12</sup> Aan het eind van de negentiende eeuw ontstaan kinderbeschermingswetten gebaseerd op de *parens patriae* doctrine. Dit begrip krijgt een bredere betekenis en omvat de verantwoordelijkheid van de overheid om in het belang van het kind een juiste ontwikkeling en opvoeding te garanderen. De beschermingsgedachte staat voorop en kan ertoe leiden dat de bevoegdheden van ouders worden beperkt en kinderen uit huis kunnen worden geplaatst indien dit in hun belang is. Een Engelse rechter formuleert deze gedachte in 1893 als volgt: “*The court is placed in a position by reason of the prerogative of the Crown to act as supreme parent of the child, and must exercise that jurisdiction in a manner in which a wise, affectionate, and careful parent would act for the welfare of the child. The natural parent in the particular case may be affectionate, and may be intending to act for the child’s good, but may be unwise, and may not be doing what a wise, affectionate, and careful parent would do...*”<sup>13</sup> Ook in de kinderbeschermingswetten die rond 1900 in verschillende Canadese provincies worden ingevoerd en de federale jeugdstrafwet is de overheidsinterventie in het gezinsleven gelegitimeerd op grond van de *parens patriae* doctrine. Tegenwoordig wordt nog steeds gebruik gemaakt van deze doctrine om overheidsinterventie ter bescherming van minderjarigen en andere personen die bescherming behoeven te legitimeren.<sup>14</sup>

---

11 In de Verenigde Staten is de ‘Mary Ellen affaire’, een zaak uit 1874 waarin het meisje Mary Ellen slachtoffer was van zware fysieke kindermishandeling, de catalysator geweest voor de oprichting van de *New York Society for the Prevention of Cruelty to Children* in 1875. Vervolgens wordt in de staat New York in 1881 de *Act concerning the Abandonment and Other Acts of Cruelty to Children* ingevoerd. In de daarop volgende jaren worden verspreid over de Verenigde Staten vele kinderbeschermingsorganisaties opgericht. Dit dient als voorbeeld voor Groot-Brittannië, waar in 1883 in Liverpool de eerste *Society for the Prevention of Cruelty to Children* wordt opgericht. Vervolgens wordt in 1889 de *Act for the Prevention of Cruelty to, and better Protection of, Children* ingevoerd, gevolgd door de *Prevention of Cruelty to Children Act* in 1904 en de *Children’s Act* in 1908. Zie Provost (1991) voor een uitgebreid overzicht van de invloed van het voorgaande op de historische ontwikkeling van de eerste kinderbeschermingswetten in Canada.

12 De term *parens patriae* verwijst oorspronkelijk naar de bevoegdheid van de Engelse Lord Chancellor in de zestiende eeuw om beslissingen te nemen ter bescherming van eigendom van minderjarigen. De verantwoordelijkheid voor eigendom van minderjarigen was via de Lord Chancellor gedelegeerd aan de Court of Chancery; Lowe/Douglas (1998), p. 301-303, 684-686; McCall (1990), p. 346-347.

13 Aldus Lord Esher in 1893 in de zaak *R. v. Gynhall* [1893] 2 QB 232; zie Lowe en Douglas (1998), p. 302. De behoefte van de minderjarige tot bescherming stond nu centraal en het economische belang verdween naar de achtergrond. Zie hierover ook Walter/Isenegger/Bala (1995), p. 369-371. Zie over het gebruik van de *parens patriae* doctrine in de Verenigde Staten Bac, p. 12-13.

14 Macintyre (1993), p. 20-22.

De provincie Ontario is in Canada de voorloper op het gebied van de kinderscherming. In 1888 wordt de *Act for the Protection and Reformation of Neglected Children* ingevoerd, waarmee de rechtbanken filantropische organisaties kunnen belasten met de voogdij over verwaarloosde kinderen. In deze wet is nog niets geregeld over de overheidsinterventie in het gezin ter bescherming van het kind als ouders niet instemmen, maar worden alleen de verwaarloosde kinderen beschermd die al onder de hoede staan van de hulpverlenende organisaties. Snel daarna wordt in Toronto de eerste *Children's Aid Society* opgericht. Net als in Nederland ontstaat deze organisatie vanuit het particulier initiatief, dat zich bezighoudt met de bescherming van kinderen in de samenleving. In 1893 wordt vervolgens, ongeveer vier jaar na de invoering van de eerste Engelse kinderschermingswet, in Ontario een wet ingevoerd *on the Prevention of Cruelty to, and Better Protection of Children*. De *Children's Aid Society* krijgt nu als publiekrechtelijke organisatie wettelijke bevoegdheden om kinderen te beschermen, zoals het interveniëren in het gezin ter bescherming van het kind en het verzoeken en uitvoeren van een wettelijke maatregel van kinderscherming. Al snel na de invoering van deze wet worden meer *Children's Aid Societies* opgericht; in 1907 bestaan er verspreid over Ontario al zestig.<sup>15</sup> Ook in andere Canadese provincies ontstaan in de eerste twee decennia van de twintigste eeuw naar het voorbeeld van Ontario kinderschermingsorganisaties<sup>16</sup> en worden andere provinciale kinderschermingswetten ingevoerd. Zo wordt in British Columbia in 1901 de *Infants Act* ingevoerd, waarmee het juridisch mogelijk wordt dat de *Children's Aid Societies* de voogdij krijgen over kinderen die worden verwaarloosd of die geen ouders hebben. In Nova Scotia treedt in 1906 de *Children's Protection Act* in werking, waarmee soortgelijke wettelijke bevoegdheden worden toegekend aan de kinderschermingsorganisaties.

In Québec, de enige provincie waar het privaatrecht van Franse oorsprong is,<sup>17</sup> zal het na de eerste kinderschermingswet in Ontario nog ruim vijftig jaar duren voordat ook daar een kinderschermingswet wordt ingevoerd. Dit valt te verklaren uit de structuur van het verzorgingsstelsel in deze provincie. Net als in Frankrijk hebben het gezin en de Katholieke Kerk de exclusieve bevoegdheid met betrekking tot bijstand en ondersteuning. Als een individu problemen heeft die niet kunnen worden opgelost door de familie, dan wordt de Katholieke Kerk om hulp gevraagd. De provinciale overheid van Québec ziet voor zichzelf geen taak weggelegd voor persoonlijke problemen van haar bevolking. Er ontstaan dan ook slechts particuliere kerkelijke organisaties waar men voor hulp terecht kan.<sup>18</sup> Als deze organisaties door een toenemende vraag financiële problemen krijgen, wordt in 1921 de *Loi de l'assistance publique de Québec* ingevoerd, waarmee de overheid de particuliere organisaties financieel gaat ondersteunen.

---

15 Macintyre (1993), p. 29.

16 Zo ontstaan er soortgelijke organisaties in British Columbia, Manitoba, Prince Edward Island en Nova Scotia. In Ontario, Manitoba en Nova Scotia bestaan de vanuit het particulier initiatief opgerichte *Children's Aid Societies* nog steeds. In de andere Canadese provincies is een overheidsinstantie verantwoordelijk voor kinderschermingszaken.

17 Tot 1866, wanneer de *Code civil du Bas-Canada* wordt ingevoerd, is in Québec het Franse privaatrecht van toepassing.

18 Aangezien het strafrecht federaal is geregeld, bestaat er in die tijd in Québec geen ontzetting uit de ouderlijke macht als bijkomende straf, zoals dat in het Franse strafrecht gold en tot 1901 ook in Nederland bestond. Ook is er geen wettelijke mogelijkheid tot ontheffing of ontzetting opgenomen in de *Code civil du Bas-Canada*. Pas in de *Code civil du Bas-Canada* van 1977 wordt de gezagsontneming wettelijk ingevoerd.

Tussen 1933 en 1943 worden vele kinderbeschermingsorganisaties opgericht. Pas in 1944 wordt de *Loi de la protection de la jeunesse* ingediend; deze wet treedt uiteindelijk niet in werking. In 1950 wordt de *Loi relative aux écoles de protection de la jeunesse* ingevoerd. Tien jaar later worden in de nieuwe *Loi de la protection de la jeunesse* meer concrete rechtsgronden opgenomen die overheidsinterventie in het gezin ter bescherming van minderjarigen rechtvaardigen.<sup>19</sup>

In Ontario lopen de *Children's Aid Societies* aan het eind van de negentiende eeuw al snel tegen het probleem op dat zij geen minderjarigen kunnen beschermen die een strafbaar feit hebben gepleegd en op grond van federale wetgeving<sup>20</sup>, die niet speciaal gericht was op minderjarigen, worden berecht. Minderjarigen die bescherming behoeven en minderjarigen die crimineel gedrag vertonen worden vanuit het standpunt van de *Children's Aid Societies* niet beschouwd als aparte categorieën; de gedachte is juist dat de oorzaak van de problemen gelijk is. Door middel van het verlenen van hulp aan het kind binnen het gezin of in de directe omgeving van het gezin in plaats van de minderjarige te plaatsen in een jeugdinrichting proberen de *Children's Aid Societies* bescherming te bieden aan minderjarigen in nood. Het geloof in deze werkwijze is groot en men denkt ook in het jeugdstrafrecht op deze manier hulp te kunnen bieden. Door te werken aan het verbeteren van de gezinsproblematiek kan de bedreiging van de minderjarige, zowel wat betreft verwaarlozing als crimineel gedrag, worden opgeheven. De nieuw opgerichte kinderbeschermingsorganisatie in Ontario oefent dan ook druk uit op de federale regering om te komen tot een speciale wet met betrekking tot jeugdstrafrecht, waarin de beschermingsgedachte voorop staat en een nieuwe maatregel van *juvenile probation* zal worden ingevoerd.<sup>21</sup>

Dit heeft ertoe geleid dat in 1907 de *Juvenile Delinquents Act* is aangeboden aan het Canadese parlement, waarin een speciale wet is opgenomen met betrekking tot de maatregel van *juvenile probation*. Deze federale wet wordt als uitwerking van en aanvulling op de kinderbeschermingswet van Ontario beschouwd. In 1908 neemt het federale parlement de *Juvenile Delinquents Act* aan, waarmee beoogd wordt om de maatschappij tegen delinquente minderjarigen te beschermen. De beschermingsgedachte staat voorop: bescherming van minderjarigen met delinquent gedrag zou ertoe leiden dat misdaad in de samenleving wordt voorkomen door van minderjarigen goede burgers te maken. De nieuwe wet maakt dit met zoveel woorden duidelijk: “*every young delinquent should be treated, not as a criminal, but as a misdirected and misguided child, and one needing aid, encouragement, help and assistance.*”<sup>22</sup> In dat opzicht verschilt de bedoeling van deze wet niet met de gedachte achter de Kinderwetten, die in 1905 in Nederland zijn ingevoerd.

In Canada wordt met de invoering van de *Juvenile Delinquents Act* een speciale *juvenile court* voor minderjarigen ingevoerd waar kinderrechters op informele wijze minderjarigen berechten. De kinderrechter oordeelt niet langer vanuit de gedachte dat hoe zwaarder de overtreding of het misdrijf is dat de minder-

---

19 Zie over Québec o.a. Provost (1993), p. 58-75, Boulais (1999), art. 2, Macintyre, p. 24-26 en Manseau, hfst. 1.

20 De *Criminal Code* van 1892.

21 Zie Trépanier/Tulkens (1993).

22 *Juvenile Delinquents Act*, 1908, chapter 40, s. 31.

jarige heeft begaan, hoe hoger de straf moet zijn,<sup>23</sup> maar beslist juist op grond van het belang van de persoon van de minderjarige. Hoewel het Canadese parlement geen federale wetgeving kan invoeren ter civielrechtelijke bescherming van minderjarigen, staat de beschermingsgedachte van minderjarigen in het federale jeugdstrafrecht voorop. Dit blijkt ook uit de in de *Juvenile Delinquents Act* opgenomen regeling dat minderjarigen die door een kinderrechter strafrechtelijk zijn veroordeeld, kunnen worden behandeld op grond van provinciale kinderbeschermingswetgeving. De minderjarige delinquent wordt dan overgedragen aan een provinciale kinderbeschermingsorganisatie en de strafzaak wordt getransformeerd tot een kinderbeschermingszaak. Op deze manier kunnen minderjarigen die in het strafrechtelijke circuit terecht zijn gekomen civielrechtelijk worden beschermd. Door middel van deze regeling kan de provinciale kinderbeschermingsorganisatie uitvoering geven aan de *juvenile probation*. Deze strafrechtelijke maatregel van *probation*, die tegelijk met de invoering van speciale kinderrechtbanken ook in de Verenigde Staten in verschillende staten was ingevoerd en daar veel succes oogst, krijgt in Nederland veel aandacht in de juridische literatuur in de periode na de invoering van de Kinderwetten en dient als voorbeeld bij de invoering van de maatregel van OTS in 1922.<sup>24</sup>

### 10.2.3 Wettelijk kader van kinderbescherming

#### 10.2.3.1 Hulpverlening door Children's Aid Societies

De Canadese provinciale wettelijke regelingen omtrent minderjarigen omvatten zowel de jeugdhulpverlening als de jeugdbescherming en bieden dan ook een samenhangende wettelijke structuur van zorg, opvoeding en bescherming van minderjarigen.<sup>25</sup> De regelgeving biedt een geïntegreerde aanpak van hulpverlening aan minderjarigen en gezinnen. De titels van de verschillende provinciale wetten, zoals in Ontario, Manitoba en Prince Edward Island de *Child and Family Services Act* (voor Ontario verder: CFSA) en in British Columbia de *Child, Family and Community Services Act* (verder: CFCSA), wijzen op deze wettelijke samenhang tussen de verschillende vormen van hulp aan het gezin.<sup>26</sup>

De definitie van minderjarige met betrekking tot wie een maatregel van kinderbescherming kan worden opgelegd verschilt per provincie. In sommige provincies geldt de regel dat een maatregel alleen kan worden opgelegd voor minderjarigen jonger dan zestien jaar.<sup>27</sup> In Ontario en Nova Scotia kan een maatregel wel worden opgelegd of verlengd als de minderjarige de leeftijd van zestien jaar bereikt terwijl er al een procedure is begonnen of als er al een maatregel is uitgesproken. In dat geval kan de hulpverlening in gedwongen kader doorlopen

23 Onder de *Criminal Code* van 1892 gold dat de strafmaat was gerelateerd aan het gepleegde strafbare feit zonder dat de persoon en de omstandigheden van de dader bijzondere aandacht kregen bij het opleggen van een straf.

24 Zie hfst. 3, par. 3.2.

25 Ook Engeland heeft sinds 1989 één wettelijke regeling, de *Children's Act*, die een samenhangend en geïntegreerd aanbod biedt van hulpverlening aan minderjarigen en gezinnen. Zie over de *Children's Act* in rechtsvergelijkend perspectief Van Unen (diss. 1996).

26 Hoewel Québec een *Code Civil* heeft op grond waarvan ouderlijk gezag geheel of gedeeltelijk kan worden ontnomen, wordt naast de veelvuldige toepassing van de *Loi de la Protection de la Jeunesse* (LPJ) weinig beroep gedaan op de *Code Civil* bij kinderbeschermingszaken. In Québec bestaat wel een wettelijke scheiding tussen vrijwillige hulpverlening en kinderbescherming: naast de LPJ bestaat de *Loi sur les services de santé et les services sociaux*.

27 In Ontario, Nova Scotia, Newfoundland, Saskatchewan en de Northwest Territories.

nadat de minderjarige zestien jaar is geworden. In andere provincies geldt als maximale leeftijdsgrens voor het opleggen van een maatregel aan minderjarigen achttien of negentien jaar.<sup>28</sup>

Sinds 1980 heeft elke provincie zijn kinderbeschermingswetgeving herzien, ook onder invloed van de in 1982 ingevoerde Canadese *Charter*. Dit heeft geleid tot meer gejuridiseerde regelingen omtrent kinderbescherming en minder bevoegdheden van de kinderbeschermingsorganisaties om zonder rechterlijk oordeel een inbreuk te maken op het gezinsleven. Verder is de discretionaire bevoegdheid van zowel de kinderbeschermingsorganisaties als de kinderrechters voortvloeiend uit vage regelgeving in de nieuwe wetten aan banden gelegd. De criteria voor het ingrijpen in het gezinsleven ter bescherming van minderjarigen zijn verscherpt en uitgebreid.<sup>29</sup>

De samenhang in de jeugdhulpverlening blijkt ook uit het feit dat in Canada één organisatie per provincie is belast met zowel het bieden van hulp aan gezinnen in een vrijwillig kader, het indienen van verzoeken voor het opleggen van een maatregel van kinderbescherming, als met het uitvoeren van de maatregel. Op grond van provinciale regelgeving is de taak van de organisatie het bieden van zowel vrijwillige als gedwongen hulpverlening. Hoewel deze organisatie niet in elke provincie dezelfde naam heeft, zal voor alle provincies gesproken worden over de *Children's Aid Societies*, de naam die in Ontario is gegeven aan de kinderbeschermingsorganisatie. De *Children's Aid Societies* zijn in de meeste provincies overheidsorganen, vaak deel uitmakend van een *Ministry of Social Services*. In sommige provincies gaat het echter nog steeds om particuliere instellingen, die overigens ook door de provinciale overheid worden gefinancierd.<sup>30</sup>

De werkwijze binnen de organisatie verschilt per provincie: sommige maatschappelijk werkers in dienst van een *Children's Aid Society* zijn verantwoordelijk voor zowel vrijwillige als gedwongen hulpverlening, in andere organisaties zijn beide taken gesplitst en doet een maatschappelijk werker ofwel alleen vrijwillige hulpverlening, ofwel enkel gedwongen hulpverlening. Ook bestaan binnen een organisatie soms gespecialiseerde werkers, waarbij een scheiding wordt aangebracht tussen verschillende soorten problematiek van kind en gezin, bijvoorbeeld kindermishandelingszaken of 'weglopers-problematiek'.<sup>31</sup>

Het onderbrengen van alle mogelijke vormen van hulpverlening aan ouders en kinderen binnen één organisatie bevordert de continuïteit in de hulpverlening. Toch kleven er ook nadelen aan de integratie van hulpverlening. Voor zowel maatschappelijk werkers als voor ouders en minderjarigen brengt de dubbelrol van de hulpverlener spanningen met zich mee. Hoewel de taak van de maatschappelijk werker in veel situaties ophoudt bij het bieden van hulp in een vrijwillig kader, kan op een bepaald moment toch de andere taak, namelijk het

---

28 In Québec, Alberta, Manitoba, Prince Edward Island en Yukon geldt een leeftijdsgrens van achttien jaar; in British Columbia en New Brunswick is dit negentien jaar.

29 Barnhorst (1986) onderscheidt twee filosofische perspectieven binnen de herziene wetgeving, namelijk de zgn. interventionistische benadering tegenover de legalistische ofwel non-interventionistische benadering. Deze laatste richting, ook wel de *family autonomy approach* genoemd, benadrukt het recht op gezinsleven en beperkt de discretionaire bevoegdheid om een inbreuk te maken op dit recht.

30 In de provincies Ontario, Manitoba en Nova Scotia gaat het om particuliere organisaties; er bestaan in deze provincies dan ook verschillende regionale organisaties die zich richten op een bijzondere doelgroep, bijv. een katholieke, joodse en allochtone kinderbeschermingsorganisatie.

31 Bala (1991), p. 8.

beoordelen of gedwongen hulpverlening noodzakelijk is, om de hoek komen kijken. De juridische verantwoordelijkheid en de ondersteunende functie zijn vaak moeilijk te combineren en dit leidt tot overbelasting en een snelle wisseling van hulpverleners binnen de organisatie.<sup>32</sup>

Een belangrijke taak van de *Children's Aid Societies* is het indienen van verzoeken aan de kinderrechtster tot het opleggen van een maatregel van kinderscherming. De maatschappelijk werkers zullen op basis van onderzoek naar de gezinsproblematiek tot een afgewogen beslissing moeten komen omtrent het wel of niet indienen van een verzoek tot gedwongen hulpverlening. Hierbij zijn zij afhankelijk van meldingen die binnenkomen. In alle provincies bestaat een meldplicht, wat inhoudt dat burgers de wettelijke plicht hebben om vermoedens van kindermishandeling te melden bij een *Children's Aid Society*.<sup>33</sup> De situaties waarin gemeld moet worden verschillen per provincie, maar alle provinciale wetten bepalen in elk geval dat vermoedens van fysiek of seksueel misbruik door een ouder, voogd of opvoeder moeten worden gemeld. In de meeste wetten is ook een bepaling opgenomen waarin is geregeld dat de melder wordt gevrijwaard van civiele aansprakelijkheid na melding indien de vermoedens van kindermishandeling redelijkerwijs konden bestaan.<sup>34</sup> Voor particulieren geldt dat zij anoniem kunnen melden.<sup>35</sup>

De invoering van de meldplicht is voortgekomen uit de toenemende aandacht voor kindermishandeling sinds de jaren zestig van de vorige eeuw. Zowel in sommige provincies van de Verenigde Staten als van Canada worden sinds de tweede helft van de jaren zestig zogenaamde kindermishandelingsregisters opgesteld waarin informatie over vermoedelijke plegers van kindermishandeling wordt opgeslagen. In Canada geldt dit voor de provincies Ontario en Manitoba. Gezien het controversiële karakter van het gebruik van een *child abuse register* is dit in Ontario onlangs afgeschaft.<sup>36</sup> Hoewel de aandacht zich oorspronkelijk vooral richtte op fysieke mishandeling, ontstaat er in de daarop volgende decennia steeds meer aandacht voor seksueel misbruik van kinderen. De verhoogde aandacht voor kindermishandeling en de invoering van een wettelijke meldplicht heeft geleid tot een enorme toename van het aantal meldingen.<sup>37</sup> Naar aanleiding van een melding zal een medewerker van de *Children's Aid Society* beslissen of een onderzoek wordt ingesteld en afhankelijk van dit onderzoek zal wel of geen verzoek tot een maatregel van kinderscherming bij de rechter worden ingediend. Hierbij zal in overweging moeten worden genomen of hulpverlening in een vrijwillig kader een haalbare optie is.

---

32 Bala (1991), p. 9-10.

33 Zie bijv. voor Ontario s. 72 CFSA en voor Québec s. 39 LPJ. De enige provincie waar geen wettelijke meldplicht geldt is Yukon.

34 Vogl (1991), p. 33. Omgekeerd kunnen bijv. in Ontario alleen professionele hulpverleners zoals artsen en docenten worden vervolgd wegens het niet melden van een vermoeden van kindermishandeling.

35 In Québec, Manitoba, Prince Edward Island en New Brunswick is zelfs wettelijk bepaald dat de identiteit van elke melder vertrouwelijk blijft.

36 Per 31 maart 2000 bij de wetsherziening van de CFSA. Al in 1988 werd het kindermishandelingsregister in Ontario n.a.v. een onderzoek aan hevige kritiek onderworpen: het zou inefficiënt, in hoge mate willekeurig en oneerlijk zijn t.o.v. degenen wiens naam was geregistreerd als vermoedelijk pleger van kindermishandeling; zie Bala (1999), p. 167-168. Zie ook Vogl (1991), p. 41.

37 Zo is in de periode van 1985 tot 1990 in Ontario sprake van een stijging van 65 procent en heeft Newfoundland in de periode van 1984 tot 1992 een toename in het aantal meldingen van 73 procent; Baker (1995), p. 241.

### 10.2.3.2 Vrijwillige hulpverleningscontracten

Als er bij een *Children's Aid Society* een melding binnenkomt over een minderjarige die bescherming nodig heeft of als ouders zelf contact opnemen en een hulpvraag hebben zal, voordat er een verzoek tot een maatregel van kinderscherming wordt ingediend, eerst moeten worden nagedacht over de mogelijkheden van vrijwillige hulpverlening. In bijna alle provincies van Canada is in de wetgeving een regeling opgenomen betreffende vrijwillige hulpverleningsovereenkomsten. Ouders kunnen op grond van deze regelingen met een *Children's Aid Society* een overeenkomst sluiten met betrekking tot de hulpverlening aan een minderjarige. Soms is een minderjarige zelf ook partij bij de overeenkomst.<sup>38</sup> De overeenkomst is vrijwillig opgesteld en geldt voor een bepaalde termijn. Het doel van een (vrijwillig) hulpverleningscontract is het regelen van zorg voor een minderjarige buiten de rechter om als ouders tijdelijk niet in staat zijn deze zorg te bieden. Het voornemen bij gebruikmaking van vrijwillige hulpverlening is dat de minderjarige na afloop van de termijn die in de overeenkomst is bepaald voor het bieden van de zorg weer volledig door de ouders zal worden opgevoed.<sup>39</sup>

Hoewel wettelijk de termen 'contract' en 'overeenkomst' worden gehanteerd, lijkt het niet te gaan om een overeenkomst die wettelijk afdwingbaar is, maar eerder om een soort morele verplichting van beide partijen met betrekking tot vrijwillige hulpverlening. Hoewel beide partijen moeten instemmen met de afspraken die worden opgenomen in het hulpverleningscontract, zal het niet zo zijn dat de naleving van de afspraken wettelijk kan worden afgedwongen.<sup>40</sup> Wettelijke naleving is ook niet beoogd bij het opstellen van dit soort overeenkomsten; het is voor een hulpverlener immers te allen tijde mogelijk om de stap te maken naar gedwongen hulpverlening. Een *Children's Aid Society* kan altijd beslissen om een verzoek in te dienen tot een maatregel van kinderscherming. In British Columbia is dan ook wettelijk bepaald dat "*an agreement does not limit the court's power to hear an application and make an order about a child.*"<sup>41</sup> Ook ouders en minderjarigen kunnen op elk moment beslissen dat zij niet langer uitvoering zullen geven aan de afspraken die in het hulpverleningscontract zijn vastgelegd. In Ontario geldt de regel dat "*a party to an agreement may terminate the agreement at any time by giving every other party written notice that the party wishes to terminate the agreement.*"<sup>42</sup> Het schriftelijk vastleggen van afspraken omtrent de hulpverlening aan een minderjarige in een vrijwillig kader is dan ook vooral bedoeld om betrokkenheid van partijen te stimuleren en duidelijkheid te scheppen over de na te streven doelen van het hulpverleningstraject.

---

38 Zo bepaalt s. 29 (2) CFSA dat een minderjarige van twaalf jaar of ouder partij moet zijn bij de overeenkomst.

39 Barnhorst/Walter (1991), p. 23.

40 Zie over de wettelijke status van een hulpverleningscontract uitgebreid Boisclair (1990), die concludeert dat het niet gaat om een civielrechtelijke overeenkomst maar eerder om een convenant zonder enig verplichtend karakter. Het feit dat sprake is van instemming door beide partijen over hulpverlening in een vrijwillig kader betekent niet dat hier enige contractuele relatie uit voortvloeit. Het gaat slechts om een "*engagement moral de respecter les conditions proposées par le directeur et contenues dans l'entente.*" Een voordeel van het gebruik van vrijwillige hulpverleningscontracten is dat de noodzaak tot samenwerking tussen partijen een vertrouwelijk klimaat kan bevorderen.

41 S. 12 CFCSA.

42 S. 33 (1) CFSA.

Over het algemeen geldt dat een zo licht mogelijke vorm van hulpverlening aan ouders en minderjarige de voorkeur verdient, maar desondanks is het niet per definitie regel dat pas na vergeefs gebruik van een hulpverleningscontract kan worden overgegaan tot het indienen van een verzoek tot een maatregel van kinderbescherming. De *Children's Aid Society* heeft een discretionaire bevoegdheid om te kiezen tussen vrijwillige of gedwongen hulpverlening.<sup>43</sup> Zelfs als de ouders en de minderjarige instemmen met een vrijwillig hulpverleningscontract, kan door een hulpverlener besloten worden om een verzoek tot een maatregel van kinderbescherming in te dienen. In de jurisprudentie van Québec is bepaald dat, "...même en présence du consentement de toutes les parties à la mesure recherchée par le Directeur, celui-ci peut à sa seule discrétion décider de saisir le tribunal."<sup>44</sup> In dezelfde uitspraak bepaalde de rechtbank overigens wel dat "*il ressort clairement que l'intention du législateur est de ne saisir le tribunal de la situation d'un enfant qu'après que les autres alternatives, respectueuses de l'autorité parentale et du droit de l'enfant de demeurer dans son milieu parental... n'eurent été dûment rejetées...*" De wetgever heeft volgens de rechtbank de bedoeling gehad dat een zaak pas bij de kinderrechtster aanhangig moet worden gemaakt als lichter ingrijpen in het gezin niet (meer) haalbaar is. Er zullen dan ook goede argumenten moeten worden aangevoerd om een maatregel van kinderbescherming te rechtvaardigen als het gezin bereid is om afspraken te maken over vrijwillige hulpverlening. Overigens zijn ouders en minderjarigen niet verplicht om een voorstel tot een vrijwillig hulpverleningscontract te ondertekenen.

Het contract biedt alle partijen duidelijkheid over het hulpverleningstraject voor de minderjarige en het doel dat men hiermee wil bereiken. Ouders en soms ook oudere minderjarigen worden actief betrokken bij het opstellen van een hulpverleningsplan en de afspraken die daarbij in acht moeten worden genomen. Als de opgestelde voorwaarden niet worden nageleefd, kan dit aanleiding geven tot het indienen van een verzoek tot een maatregel van kinderbescherming. Bij het verzoek tot gedwongen hulpverlening kan de eerder opgestelde hulpverleningsovereenkomst bijdragen aan het bewijs dat lichter ingrijpen niet haalbaar is. Dit geeft de maatschappelijk werker enig houvast bij het uitoefenen van zijn hulpverlenende en juridische taak.<sup>45</sup>

Een hulpverleningscontract wordt meestal opgesteld als de zorg over een minderjarige tijdelijk aan een ander moet worden overgedragen. In sommige wetten zijn voorwaarden opgenomen waaraan moet zijn voldaan voordat een overeenkomst kan worden gesloten. Zo bepaalt de wet in Ontario dat als ouders tijdelijk niet in staat zijn om voor hun kind te zorgen en de minderjarige uit huis willen plaatsen, de *Children's Aid Society* pas een schriftelijke hulpverleningsovereenkomst met hen kan sluiten als is vastgesteld "*that an appropriate residential placement that is likely to benefit the child is available and the society is satisfied that no less restrictive course of action, such as care in the child's own home, is appropriate for the child in the circumstances.*"<sup>46</sup> Met andere woorden: er moet een concrete plaats beschikbaar zijn waarmee een minderjarige naar alle waarschijnlijkheid geholpen kan worden en lichter ingrijpen moet niet (meer) mogelijk zijn. Er moet dan ook duidelijkheid bestaan over de haalbaarheid van

---

43 Zie hierover Hurtubise (1990), p. 176-177 en Boisclair (1990), p. 146.

44 T.J. Montréal, nr. 500-41-000775-844, 30 oktober 1984.

45 Vogl (1991), p. 42.

46 S. 29.4 CFSA.



de doelstellingen bij een hulpverleningstraject.<sup>47</sup> Ook kan wettelijk zijn voorgeschreven wat minimaal dient te worden opgenomen in de overeenkomst, zoals een concreet hulpverleningsplan, een verklaring dat alle partijen instemmen met de afspraken en een verklaring van ouders dat zij contact zullen houden met hun kind.<sup>48</sup>

Er zijn in Ontario drie verschillende typen overeenkomsten te onderscheiden: een overeenkomst voor algemene tijdelijke zorg over de minderjarige (*temporary care agreement*), voor bijzondere zorg over de minderjarige (*special needs agreement*) en de zogenaamde *homemaker agreement*, waarmee hulp binnen het gezin kan worden geboden. De algemene overeenkomst voor het tijdelijk overdragen van de zorg over de minderjarige (*temporary care agreement*) biedt ouders de mogelijkheid om de verantwoordelijkheid over hun kind tijdelijk bij de *Children's Aid Society* te leggen indien zij om welke reden dan ook niet in staat zijn het kind op te voeden. In het contract kan worden vastgelegd welke bevoegdheden ouders tijdelijk overdragen aan de kinderbeschermingsorganisatie, zoals het verlenen van toestemming voor medisch handelen met betrekking tot de minderjarige. Een minderjarige in de leeftijd van twaalf jaar en ouder dient ook in te stemmen met de overeenkomst. De meeste wetten bieden de mogelijkheid voor ouders om de overeenkomst op te zeggen vóór de afloop van de vastgestelde termijn indien zij de andere partijen tijdig inlichten. Er geldt een maximale termijn voor het vrijwillige hulpverleningscontract die meestal kan worden verlengd en verschilt per provincie. In sommige provincies kan het contract onbeperkt worden verlengd, in andere provincies geldt een maximale termijn voor vrijwillige hulpverlening.<sup>49</sup>

Een *special needs agreement* kunnen ouders sluiten als de hulpverlening nodig is vanwege de 'speciale behoeften' van een minderjarige. Een *special need* is volgens de definitie in de CFSA "*related to or caused by a behavioural, developmental, emotional, physical, mental or other handicap*."<sup>50</sup> Anders dan bij de eerder beschreven tijdelijke zorgovereenkomst gaat het hier meestal om het bieden van hulp voor een lange periode met eventueel een langdurige UHP van de minderjarige. Het kan zowel gaan om een plaatsing van de minderjarige buiten het gezin als om het bieden van hulp binnen een gezin. Een *homemaker agreement* kan worden gesloten als een ouder afwezig is in het gezin of vanwege een tijdelijke ziekte of handicap zijn normale verantwoordelijkheden als ouder niet kan uitvoeren.<sup>51</sup> In dat geval kan tijdelijk hulp aan huis worden geboden.

In British Columbia kan een *Children's Aid Society* een schriftelijke overeenkomst opstellen om *support services* aan het gezin te bieden, zodat ouders kunnen worden ondersteund en begeleid bij de opvoeding van hun kind. Zo kunnen bijvoorbeeld afspraken worden gemaakt over het bieden van bijzondere hulp

---

47 In s. 6 (4) van de CFCSA is bepaald dat, "*before making the agreement, the director must consider whether a less disruptive way of assisting the parent to look after the child, such as by providing available services in the child's home, is appropriate in the circumstances, and consider whether the agreement is in the child's best interests.*"

48 Zie bijv. s. 6 (5) CFCSA en s. 29 (8) CFSA.

49 In Ontario en Alberta geldt een termijn van zes maanden, terwijl in Québec en Saskatchewan een termijn van één jaar geldt. In sommige provincies kan deze termijn onbeperkt worden verlengd, terwijl in andere provincies, zoals sinds 1994 in Québec, na verlenging een maximale termijn geldt van één tot twee jaar. In British Columbia zijn de termijnen gekoppeld aan leeftijdscategorieën.

50 S. 26 CFSA. Zie voor een *special needs agreement* ook bijv. s. 7 CFCSA.

51 S. 78 CFSA.

aan een minderjarige of over het volgen van opvoedcursussen door ouders.<sup>52</sup> Ook in Québec is in de wet een niet-limitatieve opsomming te vinden van mogelijke vormen van hulpverleningsafspraken, zoals het door de ouders tijdelijk toevertrouwen van hun kind aan een residentiële instelling of aan andere personen of het accepteren van hulp aan het gezin door een maatschappelijk werker.<sup>53</sup>

Sommige wetten benadrukken dat het ouderlijk gezag in een hulpverleningscontract geheel of gedeeltelijk kan worden overgedragen aan de kinderbeschermingsorganisatie. In British Columbia geldt dat “*under the agreement, the parent may give the care of the child to the director and delegate to the director as much of the parent’s authority as is required to give effect to the agreement.*” In Ontario is wettelijk bepaald dat ouders de bevoegdheid om te beslissen over medische behandeling van hun kind tijdelijk bij de organisatie kunnen leggen.<sup>54</sup> Hoewel het onderdeel van het ouderlijk gezag dat betrekking heeft op het vermogen van de minderjarige bij de ouders blijft liggen als een minderjarige uit huis wordt geplaatst, wordt de verantwoordelijkheid voor de dagelijkse verzorging en opvoeding van de minderjarige bij een UHP in meerdere of mindere mate tijdelijk gedelegeerd aan de hulpverlener.

Tenslotte bestaat er nog een laatste soort overeenkomst: er kan ook een hulpverleningscontract worden opgesteld tussen een *Children’s Aid Society* en een oudere minderjarige. Een minderjarige van zestien jaar of ouder kan zelfstandig, zonder dat ouders toestemming hoeven te verlenen of gehoord hoeven te worden, schriftelijke afspraken maken over hulpverlening in een vrijwillig kader, bijvoorbeeld voor een residentiële plaatsing of voor andere vormen van hulpverlening. In British Columbia gelden als voorwaarden bij dit type overeenkomst dat de oudere minderjarige begeleiding zoekt en hereniging met ouders geen reële optie is of dat de minderjarige geen ouder of andere persoon heeft die begeleiding kan bieden.<sup>55</sup> Het hulpverleningscontract moet een *plan for independence* oftewel een ‘zelfstandigheidsplan’ omvatten waarin is opgenomen welke steun de jongere ontvangt (hulpverlening en/of financiële steun) en aan welke doelstellingen de minderjarige moet voldoen.<sup>56</sup> In deze provincie kan een hulpverleningscontract overigens ook met een jongvolwassene worden gesloten. Dit biedt de mogelijkheid om de hulpverlening die tijdens de minderjarigheid is begonnen, nog enige tijd te continueren. Ook voor dit hulpverleningscontract geldt een maximale wettelijke termijn; in de CFCSA is bepaald dat deze vorm van vrijwillige hulpverlening kan gelden tot de leeftijd van vierentwintig jaar.

Als een minderjarige in het kader van een vrijwillig hulpverleningscontract uit huis is geplaatst, bestaat de wettelijke mogelijkheid om deze plaatsing opnieuw te toetsen en eventueel te herzien. De plaatsing kan na verloop van tijd getoetst worden door ofwel de *Children’s Aid Society* zelf (bijvoorbeeld in Québec), ofwel door een geheel of gedeeltelijk onafhankelijke commissie.<sup>57</sup> Dezelfde

---

52 S. 5 CFCSA. Dit hulpverleningscontract kan voor maximaal zes maanden gelden, maar kan voor onbepaalde tijd telkens voor maximaal zes maanden worden verlengd.

53 Art. 54 LPJ.

54 Resp. s. 6 (2) CFCSA en s. 29 (7) CFSA. Alleen in Québec behouden de ouders het ouderlijk gezag.

55 S. 12 CFCSA; zie ook s. 31 (1) CFSA.

56 S. 12 (3) *Child, Family and Community Service Amendment Act 1999*.

57 In British Columbia is dit de *Child and Family Review Board* (s. 83 CFCSA) en in Ontario de *Residential Placement Committee* (s. 34 CFSA). In sommige regelingen kunnen ook (begeleide) pleeggezinplaatsingen worden getoetst, in andere regelingen gaat het alleen om residentiële plaatsingen.

instantie toetst ook de gedwongen uithuisplaatsingen. De plaatsing kan op verzoek van ouders of minderjarige na verloop van tijd opnieuw worden getoetst of wordt als gevolg van wettelijke termijnen door de kinderrechter getoetst bij een verlengingsverzoek. Bij de toetsing van de UHP dient een aantal wettelijk opgesomde aspecten te worden beoordeeld, zoals de vraag of een lichtere vorm van hulpverlening niet mogelijk is, of de minderjarige nog niet naar huis kan en of de beschikbare programma's in een residentiële setting tot het gewenste resultaat voor de minderjarige kunnen leiden.<sup>58</sup>

### 10.2.3.3 *Dejuridisering van de kindbeschermingsprocedure*

#### *Mediation*

Als vrijwillige hulpverlening niet tot het gewenste resultaat heeft geleid of niet haalbaar is vanwege de onwil van ouders hiertoe en een minderjarige wel bescherming nodig heeft, kan een *Children's Aid Society* besluiten een kindbeschermingszaak aanhangig te maken bij de rechtbank. In sommige provincies bestaat echter nog een andere mogelijkheid voordat de kindbeschermingsprocedure bij de rechtbank zal worden doorlopen. In situaties waar vrijwillige hulpverlening niet mogelijk is vanwege het feit dat ouders in eerste instantie niet willen meewerken, kan soms gebruik worden gemaakt van *mediation* oftewel bemiddeling in kindbeschermingszaken. Zowel door het gebruik van vrijwillige hulpverleningscontracten als door het gebruik van *mediation* wordt getracht buiten de rechter om samen met ouders en oudere minderjarigen naar oplossingen te zoeken indien sprake is van een bedreiging van de belangen van de minderjarige. Deze nieuwe methoden ter aanpak van de problematiek omtrent kindbescherming laten dan ook een trend zien naar een toenemende dejuridisering inzake kindbescherming.

Bemiddeling is een proces waarbij partijen die een conflict hebben, begeleid door een neutrale bemiddelaar, die in principe geen beslissingen neemt, vrijwillig tot een voor alle partijen rechtvaardige en acceptabele oplossing komen van het conflict. *Child protection mediation*, dat ik verder zal aanduiden als 'kindbeschermingsbemiddeling', houdt een bemiddeling in tussen partijen die betrokken zijn bij een kindbeschermingszaak (bijvoorbeeld een maatschappelijk werker in dienst van een kindbeschermingsorganisatie, gezinsleden en andere betrokkenen zoals pleegouders) door een professionele onafhankelijke en neutrale bemiddelaar. Terwijl dit begrip in Nederland nog vrijwel onbekend is en niet als zodanig wordt gebruikt<sup>59</sup>, wordt er in Noord-Amerika sinds de jaren tachtig in toenemende mate gebruik van gemaakt. Hoewel er in de Verenigde Staten al enkele ad hoc projecten waren gestart, wordt in 1984 in de literatuur voor het eerst aandacht gevraagd voor de mogelijke voordelen van het gebruik van bemiddeling inzake kindbescherming.<sup>60</sup> In Noord-Amerika starten vervolgens steeds meer projecten waarin kindbeschermingsbemiddeling wordt gebruikt als alternatief voor een gerechtelijke procedure. Hierbij worden ook voor

58 S. 34 (10) CFSA; art. 57.2 LPJ.

59 Terwijl in Nederland recent wel veel aandacht is voor scheidings- en omgangsbemiddeling, zoals o.a. blijkt uit de experimenten scheidings- en omgangsbemiddeling die samengaan met een evaluatie-onderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie; zie Chin-A-Fat/Steketee (2001), *Bemiddeling in uitvoering: evaluatie experimenten scheidings- en omgangsbemiddeling*.

60 Door Bernard Mayer die het gebruik van bemiddeling in kindbeschermingszaken omschreef als een "new and largely unexplored field" in 'Conflict Resolution in Child Protection and Adoption', *Mediation Quarterly* nr. 9 (1985), p. 69-81.

het eerst onderzoeken uitgevoerd die de implementatie en de resultaten van deze vorm van bemiddeling beschrijven en meten. In de publicaties die over dit onderwerp verschijnen wordt uitgebreid ingegaan op het gebruik van bemiddeling in kinderbeschermingszaken en de mogelijke voor- en nadelen hiervan.

In het afgelopen decennium is in een aantal provincies van Canada, evenals in een aantal Amerikaanse staten, het gebruik van bemiddeling ook in de kinderbeschermingswetgeving opgenomen.<sup>61</sup> Deze ontwikkeling past in de non-interventionistische benadering die in de meeste huidige wetgeving is terug te vinden: bij gezinsproblematiek dient zo min mogelijk te worden ingegrepen in het gezinsleven en ouders dienen zoveel mogelijk verantwoordelijkheid te behouden voor de opvoeding van hun kind. Zowel het gebruik van vrijwillige hulpverleningscontracten als bemiddeling in kinderbeschermingszaken is een uitwerking van deze gedachte. *“Mediation is an extension of voluntary agreements... the collaborative nature of mediation also fits with the notion that services should be provided, wherever possible, on the basis of mutual agreement. In comparison with court, mediation offers a less intrusive means of family intervention. Further, mediation allows for individualized and future-oriented agreements.”*<sup>62</sup>

Bemiddeling biedt ouders (en eventueel andere partijen) bij een conflict met betrekking tot de bescherming van hun kind de mogelijkheid om buiten een juridisch kader om actief te participeren en te onderhandelen over mogelijke oplossingen voor hulp aan de minderjarige en het gezin. In overleg met een maatschappelijk werker en onder begeleiding van een neutrale bemiddelaar kan een conflict omtrent de hulp die de minderjarige nodig heeft op een constructieve manier worden benaderd en kan gezocht worden naar afspraken die voor alle partijen acceptabel zijn en die de belangen van de minderjarige garanderen. In plaats van het polariseren van beide partijen, zoals in een traditionele rechtszaak gebeurt, kan bemiddeling er juist toe leiden dat ouders en maatschappelijk werker een coöperatief samenwerkingsverband aangaan waarbij communicatie mogelijk is zonder dat bij voorbaat wantrouwen bestaat van de ouders richting de hulpverlenende instantie. *“...Mediators help the parties build a better working relationship. The goal of mediation is not simply to produce an agreement, but rather to create a process in which the parties know they were heard and treated fairly.”*<sup>63</sup> Bemiddeling kan de relatie tussen ouders en hulpverlener dan ook ten goede komen en er kan een positieve samenwerking worden gestimuleerd die gericht is op wat het meest in het belang van de minderjarige is. De resultaten die na een geslaagde bemiddelingsprocedure zijn behaald, zullen over het algemeen meer op de concrete situatie zijn toegesneden en zullen meer oplossings- en toekomstgericht zijn dan de inhoud van een rechterlijke uitspraak. Tenslotte lijkt het belangrijkste voordeel te liggen in het feit dat partijen eerder geneigd zijn mee te werken aan afspraken die bij de bemiddeling door hen zelf zijn gemaakt na het bereiken van consensus met een hulpverlener dan

---

61 In de *Guidelines for Public Policy and State Legislation Governing Permanence for Children* (1999) die in de VS zijn opgesteld door Duquette en Hardin is een apart hoofdstuk gewijd aan *Non-Adversarial Case Resolution* en wordt geformuleerd dat het in alle fasen van een kinderbeschermingsprocedure wettelijk mogelijk moet zijn om gebruik te maken van alternatieve methoden voor conflictoplossing zoals kinderbeschermingsbemiddeling en *Family Group Conferences* (hfst. V). Zie ook noot 97, 110 en 173.

62 Barsky (1997), p. 119.

63 Barsky (1999), p. 284.

aan een door de rechter opgelegde beslissing die door de hulpverlener wordt uitgevoerd.<sup>64</sup>

Hoewel de voordelen van bemiddeling, juist als het gaat om kinderbescherming, de boventoon voeren, wordt in de literatuur ook gewezen op een aantal nadelen die aan het gebruik van bemiddeling in kinderbeschermingsprocedures kleven. Een belangrijk en veelgenoemd bezwaar is het bestaan van machtsongelijkheid tussen de partijen, te weten de kinderbeschermingswerker en de ouders, die met bemiddeling niet zou kunnen worden opgeheven. Dit bezwaar is door feministisch geörienteerde wetenschappers die zich bezig houden met problemen omtrent geweld in het gezin overigens ook aangevoerd bij het gebruik van bemiddeling in het kader van ouderlijk gezag over een kind.<sup>65</sup> De machtsongelijkheid is bij kinderbeschermingszaken geworteld in de ongelijkheid tussen partijen voor wat betreft de economische status, de communicatievaardigheid, de kennis van het systeem en de toegang tot juridische en professionele expertise. Hier komt nog bij dat de maatschappelijk werker juridische bevoegdheden heeft en daarom sterker zou staan. Ouders zouden daarom niet op gelijke voet kunnen onderhandelen. Hoewel uit onderzoek blijkt dat de machtsongelijkheid de oorzaak kan zijn van passiviteit van ouders bij het onderhandelen<sup>66</sup>, heeft een aantal onderzoeken ook aangetoond dat de bemiddeling juist een bruikbaar instrument kan zijn om de machtsongelijkheid op te heffen.<sup>67</sup>

Andere bezwaren zijn gericht op de aard van het geschil; zo zouden de belangen van een kind bij bemiddeling niet voldoende gewaarborgd worden in zaken betreffende kindermishandeling. De aard van de zaak zou zich er op grond van de juridische taak van een *Children's Aid Society* niet toe lenen om te zoeken naar een compromis om de belangen van een minderjarige te beschermen. In de richtlijnen van een aantal projecten is dan ook opgenomen dat het in de bemiddeling niet mag gaan over de vraag of er wel of niet sprake is van kindermishandeling.<sup>68</sup> Verder geldt in bijna elke wet als voorwaarde bij kinderbeschermingsbemiddeling dat gedurende het bemiddelingsproces de fysieke veiligheid van de minderjarige moet zijn gewaarborgd. Een bemiddelaar behoudt de plicht tot melden bij een vermoeden van kindermishandeling.<sup>69</sup> Tenslotte is het niet zo dat elke zaak en elk conflict geschikt zijn voor kinderbeschermingsbemiddeling. Er moet, voordat naar bemiddeling wordt verwezen,

---

64 Andere voordelen, die meer gelden voor het Anglo-Amerikaanse dan voor het Nederlandse rechtstelsel, zijn snellere beslissingen inzake kinderbescherming en een besparing van kosten. Een gemiddelde civiele rechtszaak duurt in Canada drie dagen en kost gemiddeld \$38,200 voor de litigant en \$20,000 voor de infrastructuur van de rechtbank (dus voor de belastingbetaler). Onderzoek uit 1994 van de provincie Ontario (McTavish Report) toont aan dat de periode tussen het aanhangig maken van een kinderbeschermingszaak (dat is pas als alle voorfasen, zoals het doen van onderzoek, zijn afgerond) voor simpele zaken die in 1 dag ter zitting kunnen worden behandeld twee tot acht weken bedraagt, terwijl de periode tussen het aanhangig maken van een zaak die meer dan 1 zittingsdag in beslag neemt varieert van 60 tot 259 dagen (hoewel tijdsverloop in dit soort zaken juist zeer schadelijk is voor het kind). Een kinderbeschermingszaak waarin ouders een verzoek tegenspreken kost alleen al tussen de \$1,500 en \$8,000 voor de advocaat van de *Children's Aid Society*, terwijl de totale kosten voor een kinderbeschermingsbemiddeling slechts ongeveer \$1,360 bedragen; zie Bernstein (1996).

65 Zie McNeilly (1997), p. 212.

66 Tjaden (1994), p. 383-384.

67 Zo heeft Thoennes onderzoeken gedaan naar methoden voor bemiddelaars om de machtsongelijkheid in kinderbeschermingszaken te compenseren; zie over deze en andere onderzoeken uitgebreid Bernstein (1996), p. 86-92 en Barsky (1997), p. 121 e.v.

68 Zie bijv. de richtlijnen van het project van British Columbia; McHale (1996), p. 5.

69 Dit is bijv. in s. 24 (1) CFCSA bepaald.

door de verwijzer (bijvoorbeeld een hulpverlener) dan ook een inschatting van de situatie worden gemaakt, waarbij onder andere moet worden beslist of een minderjarige niet in direct gevaar is (een duidelijk vermoeden van actuele kindermishandeling zou ertoe kunnen leiden dat een zaak niet geschikt is voor bemiddeling) en of ouders instemmen met de bemiddeling en wilsbekwaam zijn.<sup>70</sup>

Empirisch onderzoek naar de effectiviteit van kinderbeschermingsbemiddeling wijst uit dat de resultaten eenduidig positief zijn.<sup>71</sup> Verschillende onderzoeken komen tot een gelijk resultaat wat betreft het aantal zaken waarin na bemiddeling partijen tot een gehele of gedeeltelijke overeenkomst zijn gekomen: ongeveer tachtig procent heeft tot een voor alle partijen aanvaardbare oplossing geleid.<sup>72</sup> Van de partijen die hebben deelgenomen aan een bemiddeling is een hoog percentage tevreden met de bemiddelingsprocedure. Dit blijkt uit het feit dat zij het gevoel hebben gehoord te zijn, te hebben geparticipeerd in het proces, en het resultaat van de bemiddeling rechtvaardig vinden. Ouders hebben zich in hoge mate gehouden aan de afspraken die bij de bemiddeling met de hulpverlener zijn gemaakt. Andere resultaten geven blijk van een verbetering in de relatie tussen ouders en hulpverlener, aanzienlijke financiële besparingen en een snellere behandeling van de zaak.

Opvallend is overigens dat uit de resultaten van enkele projecten is gebleken dat juist de hulpverleners zich in eerste instantie verzetten tegen kinderbeschermingsbemiddeling.<sup>73</sup> Het was niet duidelijk wat nu precies hun rol zou zijn bij de bemiddeling en welke taken zouden worden overgenomen door een bemiddelaar. Het bleek voor kinderbeschermingswerkers ook moeilijk om over te schakelen van partij die verantwoordelijk is en de controle heeft over de onderhandeling met ouders en minderjarigen naar gelijkwaardige partij naast de ouders, waarbij een bemiddelaar verantwoordelijk is voor het proces. Verder bestond de angst dat de tijdsinvestering in de bemiddeling aanzienlijk zou zijn, terwijl de hulpverleners toch al overbelast waren. Gebleken is dat hulpverleners een psychologische barrière blijken te hebben bij kinderbeschermingsbemiddeling. Het is belangrijk dat zij daarom voldoende worden geïnformeerd over de mogelijkheid van bemiddeling en de bemiddelingsprocedure inzake kinderbescherming. Het feit dat zij niet meer organisatorisch verantwoordelijk zijn, betekent dat zij zich beter kunnen richten op de belangrijke inhoudelijke problemen. Ook kan met behulp van een scholingsprogramma, waarbij bijvoorbeeld met een rollenspel een bemiddelingssessie wordt nagespeeld, bereikt worden dat het oorspronkelijke wantrouwen van de hulpverleners wordt weggenomen.<sup>74</sup>

---

70 Bernstein (1996), p. 82- 85 en McNeilly (1997), p. 209-210.

71 De resultaten van *The Boulder/Denver, Colorado Child Protection Mediation Project* (1985-1986), van het *Center for Policy Research Evaluation Project* (Connecticut, California; 1992), van de projecten uit Toronto (1990-1993), van het *Nova Scotia Child Protection Mediation Program* (1993-1994) en het *Victoria Child Protection Mediation Project* (British Columbia; 1992); zie hierover uitgebreid Bernstein (1996); p. 100-110).

72 Uit het onderzoek van het *Center for Policy Research* in 1992 blijkt bij bestudering van factoren die bijdragen aan een bevredigend resultaat alleen dat bemiddeling over een UHP van een minderjarige minder succesvol is.

73 Dit blijkt uit resultaten van de projecten in Victoria, British Columbia (1992-1993) Toronto, Ontario (1990-1993) en Nova Scotia (1993-1994).

74 Deze methode was succesvol in Nova Scotia bij het *Child Protection Mediation Program*.

Kinderbeschermingsbemiddeling kan op verschillende momenten worden gebruikt als middel om tot een oplossing van een conflict te komen: voordat een zaak wordt behandeld door de kinderrechter, tijdens de behandeling van de zaak ter zitting, nadat er een maatregel van kinderscherming is uitgesproken en voordat er een hernieuwde rechterlijke toetsing plaatsvindt.<sup>75</sup> De bemiddelaar moet onafhankelijk en neutraal zijn en is dan ook niet verbonden aan een *Children's Aid Society*.<sup>76</sup> De bemiddelaars moeten een relevante opleiding en ervaring hebben. Kinderbeschermingsbemiddeling kan worden gestart na doorverwijzing van bijvoorbeeld een maatschappelijk werker, een advocaat of een kinderrechter of op eigen verzoek van een gezin. De bemiddeling vindt meestal op neutraal terrein plaats. Zaken die voor bemiddeling in aanmerking komen zijn in feite alle problemen die bij een kinderschermingszaak komen kijken, zoals plaatsing van de minderjarige buiten het gezin en terugplaatsing, omgang, hulpverlening aan de minderjarige, communicatieproblemen tussen de hulpverlener en de ouders, problemen met betrekking tot een pleeggezinplaatsing en voorwaarden voor terugplaatsing van de minderjarige. Behalve de ouders en de hulpverlener kunnen ook bijvoorbeeld een oudere minderjarige of pleegouders partij zijn bij de bemiddeling.

In Nova Scotia, Saskatchewan, British Columbia en Newfoundland is het gebruik van bemiddeling in een kinderschermingsprocedure opgenomen in de regelgeving. Als een gerechtelijke procedure is gestart, kan deze enige tijd worden aangehouden indien partijen instemmen met een bemiddeling.<sup>77</sup> In andere provincies, zoals Ontario, Québec en Yukon, zijn projecten kinderschermingsbemiddeling gestart.<sup>78</sup> Hoewel de aandacht voor deze nieuwe methode groot is en de resultaten veelbelovend zijn, lijken de wettelijke mogelijkheden tot op heden nog weinig te worden gebruikt.<sup>79</sup> In Nova Scotia is een oorzaak van het geringe gebruik gelegen in het feit dat bemiddelaars pas de laatste jaren in de hele provincie beschikbaar zijn. In British Columbia wordt er ook nog weinig gebruik gemaakt van de mogelijkheid om tijdens de kinderschermingsprocedure op enig moment gebruik te maken van bemiddeling, maar in de situaties waar er wel gebruik van is gemaakt, zijn de resultaten over het algemeen zeer positief.

---

75 Uit onderzoek in Nova Scotia blijkt dat 67% van de kinderschermingsbemiddelingen heeft plaatsgevonden voordat de rechter uitspraak heeft gedaan op een verzoek tot een maatregel van kinderscherming. Ook in het Denver-project hebben de meeste bemiddelingen direct na de intake van een zaak bij de *Children's Aid Society* plaatsgevonden. In de literatuur wordt benadrukt dat het belangrijk is dat bemiddeling zo vroeg mogelijk in de procedure wordt ingezet, zodat er nog geen onoverkoombare conflicten en spanningen zijn tussen partijen.

76 Uit het onderzoek in British Columbia blijkt dat wantrouwen van ouders over bemiddeling een oorzaak vindt in het feit dat de overheid de bemiddeling aanbiedt en financiert en dat het vermoeden soms bestaat dat hulpverleners en bemiddelaar onder één hoedje spelen; zie McHale (1996).

77 In Saskatchewan is de mogelijkheid tot bemiddeling ingevoerd bij de inwerkingtreding van de *Child and Family Services Act* in 1990; in Nova Scotia geldt deze wettelijke mogelijkheid sinds de inwerkingtreding van de *Child and Family Services Act* in 1991 (zie s. 21). British Columbia heeft in 1996 bij de inwerkingtreding van de CFCSA de wettelijke mogelijkheid tot bemiddeling op elk moment in de kinderschermingsprocedure opgenomen (s. 22 CFCSA); in Newfoundland is dit mogelijk sinds de wetswijziging in 1998 (s. 37 *Child Youth and Family Services Act*).

78 Zie over het project in Québec (Centres jeunesse Chaudière-Appalaches) Laflamme/Marcotte (1997).

79 McHale (1996), p. 3; Metzger (1997), p. 418, 421.

### *Family group conference*

Op de hierboven beschreven kinderbeschermingsbemiddeling bestaan enkele varianten die ook wel worden ingezet om conflicten in een kinderbeschermingszaak op te lossen.<sup>80</sup> In British Columbia, waar de huidige regelgeving tot doel heeft om families zoveel mogelijk te betrekken bij beslissingen over minderjarigen die bescherming behoeven en gezinnen voor zover mogelijk intact te laten zonder dat de minderjarige uit huis wordt geplaatst, is behalve de kinderbeschermingsbemiddeling nog een tweetal andere vormen in de wettelijke regeling opgenomen. Zowel het gebruik van *family group conferences* als de verplichte *case conference* voorafgaand aan de rechtszitting zijn uitwerkingen van de doelstelling van de huidige wet.

De *family group conference* is afkomstig uit Nieuw-Zeeland, waar deze methode, die zijn oorsprong vindt bij de inheemse bevolkingsgroepen, vanaf 1980 is ontwikkeld.<sup>81</sup> Een *family group conference* is een bijeenkomst die wordt belegd als een minderjarige problemen heeft, waarbij behalve de minderjarige zelf alle voor een minderjarige belangrijke familieleden, hulpverleners, vrienden en andere bekenden worden uitgenodigd. De problemen kunnen betrekking hebben op kinderbeschermingsproblematiek of op delinquent gedrag. Het doel is om in onderling overleg te komen tot een heldere afbakening van het probleem en tot constructieve oplossingen om de bedreiging van de belangen van de minderjarige op te heffen. Een onafhankelijke coördinator leidt de bijeenkomst en nodigt alle deelnemers uit om bij te dragen aan de discussie en de mogelijke oplossingen. Deze methode stimuleert tot oplossingen voor de minderjarige vanuit de directe omgeving, waarbij de deelnemers zelf beslissingen nemen.

Het voorbeeld uit Nieuw-Zeeland is in een aantal landen overgenomen en er zijn verschillende projecten gestart in Australië, Groot-Brittannië, de Verenigde Staten, Zuid-Afrika, Zweden en Canada. Bij sommige projecten is de oorspronkelijke gedachte dat de coördinator de familie eigen tijd geeft om tot oplossingen en afspraken te komen losgelaten en blijft de coördinator gedurende de gehele bijeenkomst aanwezig bij het overleg.<sup>82</sup> De resultaten van de geëvalueerde projecten zijn zeer positief: bijna altijd leidt een *family group conference* tot werkbare afspraken die in onderling overleg met instemming van alle partijen zijn gemaakt. De afspraken worden nageleefd en het contact met familieleden buiten het gezin is bevorderd.<sup>83</sup>

De in de wet opgenomen mogelijkheid tot gebruik van een *family group conference* bij conflicten in een kinderbeschermingszaak in British Columbia is geïnspireerd op het model uit Nieuw-Zeeland en het project dat in Newfoundland is uitgevoerd. Het doel van een *family group conference* is in de wet als volgt geformuleerd: “*to enable and assist the family to develop a plan of care that will protect the child from harm, serve the best interests of the child, take into account the wishes, needs and role of the family, and... the child’s culture*

---

80 Barsky (1995 en 1997) beschrijft een aantal alternatieven voor kinderbeschermingsbemiddeling.

81 De oorzaak van het ontstaan van de *family group conference* rond 1980 is het toenemende protest van de inheemse bevolking van Nieuw-Zeeland dat de bestaande kinderbeschermingsprocedure geen recht deed aan hun eigen normen en waarden, waarna in samenwerking met de overheid deze nieuwe methode is ontwikkeld. In 1989 is deze methode wettelijk verplicht gesteld voor alle ernstige kinderbeschermings-zaken en strafzaken tegen jeugdigen bij de inwerkingtreding van de *Children, Young Persons and their Families Act* in 1989. Zie hierover uitgebreid Marsch/Crow (1998), hfst. 3.

82 Bijv. in het project uit Oregon (USA) blijft de coördinator gedurende de hele sessie aanwezig.

83 Zie uitgebreid Marsch/Crow (1998).



*and community*.”<sup>84</sup> Voordat een zaak bij de rechter aanhangig wordt gemaakt, bepaalt de wet dat ouders gewezen dienen te worden op de mogelijkheid van het gebruik van deze methode. Hoewel de verwachtingen van de *family group conference* hoog waren, is dit onderdeel van de wet bij de inwerkingtreding in 1996 nog niet ingevoerd. Tot op heden zijn er in British Columbia geen plannen om dit onderdeel alsnog op korte termijn in te voeren.<sup>85</sup>

#### *Case conference*

Een laatste vorm van bemiddeling bij kinderbescherming is te vinden in de verplichte *case conference* voorafgaand aan een behandeling ter zitting van een verzoek tot een maatregel van kinderbescherming. Dit is een sessie waarbij de partijen onder aanwezigheid van een kinderrechter proberen tot een oplossing te komen, zodat de zaak op een eenvoudige en snelle manier kan worden afgehandeld. De rechter fungeert in dit model als bemiddelaar. Ongeveer zes maanden na de inwerkingtreding van de *Child and Family Services Act* in British Columbia is deze verplichting in juni 1996 wettelijk opgenomen in de *Rules to the New British Columbia Act*. Alle kinderbeschermingszaken die bij een rechtbank aanhangig worden gemaakt, worden verplicht aan een bemiddelingsbijeenkomst met een kinderrechter onderworpen. Pas als de bemiddelingspoging geen gewenst resultaat oplevert, kan de zaak verder in behandeling worden genomen bij de rechtbank.<sup>86</sup> Het gebruik van verplichte *case conferences* kan tot snellere beslissingen leiden en kan voorkomen dat in elke zaak de traditionele procedure moet worden gevolgd, die vaak niet geschikt is om met ouders te communiceren en ze actief te betrekken bij de beslissingen die moeten worden genomen. In de wet is uitdrukkelijk bepaald dat niet kan worden bemiddeld over de vraag of de belangen van een minderjarige worden bedreigd en daarom bescherming nodig is.

Een bemiddelingssessie door een rechter kan ertoe leiden dat de zaak wordt opgelost, wordt doorverwezen naar kinderbeschermingsbemiddeling door een onafhankelijke bemiddelaar, of dat toch de gehele procedure bij de rechtbank gevolgd zal worden. Hoewel er nog geen uitgebreid onderzoek is verricht naar het gebruik van de verplichte *case conference*, zijn de eerste resultaten van de rechtbanken veelbelovend: ongeveer twee derde van het aantal bemiddelingszaken wordt tijdens de bijeenkomst opgelost zonder dat een vervolgpprocedure bij de rechtbank plaatsvindt.<sup>87</sup> Deze laatste vorm van bemiddeling inzake kinderbescherming heeft in British Columbia dan ook het meest bijgedragen aan

---

84 S. 20 (1) CFCSA.

85 Er zijn twee praktische redenen te noemen voor het feit dat de *family group conferences* nog niet wettelijk zijn ingevoerd: niet in alle regio's kan van deze methode al gebruik worden gemaakt en dit zou strijd opleveren met de gedachte dat de wet voor alle burgers geldt, en er is vanuit de overheid nog geen extra geld toegezegd voor de extra arbeidsplaatsen die moeten worden gecreëerd om deze methode inhoud te kunnen geven; zie Durie/Armitage (1996), par. 10.2. Het bezwaar uit het *Gove Report* (1995; n.a.v. een kindermoord in British Columbia door een moeder waarbij het kinderbeschermingssysteem heeft gefaald) dat niet alle zaken geschikt waren en een dergelijke bijeenkomst dan slechts tot vertraging van de bescherming van de minderjarige zou leiden is van meer principiële aard.

86 Hoewel er discussie wordt gevoerd over de vraag of een rechter wel de juiste persoon is om te bemiddelen en of een verplichte bemiddeling wel zinvol is, is kinderbeschermingsbemiddeling in British Columbia door een rechter als verplicht onderdeel van een kinderbeschermingsprocedure ingevoerd als poging om een alternatief te bieden voor de traditionele rechtszitting, die voor veel zaken ongeschikt werd geacht; zie Metzger (1997), p. 422 en Schmidt/McHale (1996).

87 Zie Stewart (1997), hfst. 3 en Metzger (1997), p. 421.

een verbetering van participatie van ouders bij het nemen van beslissingen over hun kind dat bescherming nodig heeft.

#### 10.2.3.4 Juridische bijstand

De afgelopen decennia is in Canada sprake van een grote toename van juridische bijstand in kinderbeschermingszaken. Deze ontwikkeling lijkt in strijd te zijn met de eerder beschreven tendens naar een toenemende dejuridisering door bijvoorbeeld het gebruik van hulpverleningscontracten en kinderbeschermingsbemiddeling, waarmee ouders actiever betrokken worden en geen beroep meer hoeft te worden gedaan op een rechter voor de oplossing van een conflict.<sup>88</sup> De groei van rechtsbijstand inzake kinderbescherming valt te verklaren uit een toenemende aandacht voor de bescherming van individuele rechten van burgers, die wordt bevestigd en versterkt door de inwerkingtreding van de Canadese *Charter* in 1982.<sup>89</sup>

Een kinderbeschermingszaak in een Anglo-Amerikaans rechtstelsel is wat betreft de procedure bij de rechtbank in hoge mate anders van karakter dan in ons eigen rechtstelsel.<sup>90</sup> Zo kan een zitting meerdere dagen duren en kan de gehele procedure bestaan uit meerdere zittingen. Meestal vindt er eerst een meer informele zitting plaats om de eventuele voorlopige maatregelen tot de afloop van de procedure vast te stellen (bijvoorbeeld afspraken omtrent omgang of tijdelijke UHP van de minderjarige), te bepalen wat er op de eigenlijke zitting centraal zal staan en te pogen om tot afspraken te komen met betrekking tot een zogenaamde *consent order*, een maatregel tot bijvoorbeeld hulpverlening aan huis, UHP van de minderjarige of (gedeeltelijke) gezagsontneming met instemming van alle partijen. Deze zitting wordt wel de *preliminary hearing*, *pre-trial meeting* of *interim care hearing* genoemd. Hierna volgt na enige tijd de eigenlijke zitting (de *protection hearing*), waarbij allereerst de feiten zullen worden vastgesteld die ertoe leiden dat de minderjarige bescherming behoeft (*the finding that a child is in need of protection*), en daarna zal worden bepaald welke maatregel van kinderbescherming in de concrete zaak moet worden opgelegd (*disposition*). Het bewijs wordt ter zitting gepresenteerd en dit houdt in dat er uitvoerige getuigenverhoren kunnen plaatsvinden van deskundigen, hulpverleners, ouders en anderen. De procedure is meer dan in Nederland juridisch gecompliceerd. Meestal zijn tegenwoordig dan ook alle partijen juridisch vertegenwoordigd; het is geen uitzondering dat er op een zitting een advocaat voor de moeder, voor de vader, voor de *Children's Aid Society* en voor de minderjarige aanwezig is.

Voor ouders is het in de laatste decennia wettelijk gezien gemakkelijker geworden om met een beroep op rechtsbijstand een advocaat toegevoegd te krijgen die hen vertegenwoordigt in een procedure inzake kinderbescherming.<sup>91</sup> In 1999 heeft de *Supreme Court* uitdrukkelijk bepaald dat uit s. 7 van de *Charter* voor elke ouder het recht op een eerlijk proces voortvloeit als de overheid een

---

88 McNeilly (1997, p. 207-208) heeft het over een “*conflict within the Act*” (daarmee bedoelt hij de CFSA) voor wat betreft enerzijds de ontwikkeling van een toegenomen juridische vertegenwoordiging van ouders, *Children's Aid Society* en minderjarigen in kinderbeschermingszaken, waardoor er een beweging plaatsvindt naar een toegenomen ‘*adversarial approach*’, en anderzijds juist de ontwikkeling van methoden die als alternatieven dienen voor deze benadering.

89 Zie over de toenemende juridisering bij kinderbescherming vanaf 1970 Bala (1999), p. 128-133.

90 Zie meer algemeen over het Anglo-Amerikaanse procesrecht Zweigert/Kötz (1998), p. 271-275.

91 Hatton (1991) gaat uitvoerig in op de rol van de advocaat van ouders in een kinderbeschermingszaak.

minderjarige uit huis plaatst. Afhankelijk van de “*seriousness of the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacities of the parent*” kan de overheid verplicht worden gesteld om rechtsbijstand voor ouders te garanderen.<sup>92</sup> De *Children’s Aid Societies* hebben tegenwoordig vaak eigen advocaten in dienst die binnen de organisatie werkzaam zijn en als zittingsvertegenwoordiger optreden in kinderbeschermingszaken.<sup>93</sup>

Een interessante en opvallende ontwikkeling is de toegenomen aandacht voor juridische bijstand aan de minderjarige die betrokken is bij de zaak. In de meeste provincies kunnen minderjarigen die te maken hebben met kinderscherming een advocaat toegevoegd krijgen, die hen zal bijstaan tijdens de gehele procedure. In enkele provincies bestaat deze mogelijkheid niet.<sup>94</sup> Daar heerst waarschijnlijk nog steeds de gedachte dat in kinderbeschermingszaken de ouders of de kinderbeschermingsorganisatie de belangen van de minderjarige vertegenwoordigt en dat ook de kinderrechter er voor dient te waken dat het belang van het kind in alle zaken het uitgangspunt is. De *Law Reform Commission of Canada* nam al in 1974 een standpunt in over deze opvatting: “*the Commission recommends that consideration be given to the appointment of independent legal counsel to represent the child. The Commission recognizes that, in many instances, there will be no conflict of interest among the parties or, on the other hand, the agreement between the adult parties will provide as adequately as is possible for the child’s welfare. However, the interests of a child may require separate legal representation... it is not good enough to rely upon the judge, the parents or the parents’ counsel, to act as an advocate for the child in such matters...*”<sup>95</sup>

In de Verenigde Staten valt in de afgelopen decennia ook een groeiende aandacht voor juridische bijstand voor minderjarigen in kinderbeschermingszaken te constateren. Sinds 1974 hebben minderjarigen het recht op onafhankelijke rechtsbijstand inzake kinderscherming. In dat jaar is namelijk de *Child Abuse Prevention and Treatment Act* in werking getreden. In deze wet geldt als voorwaarde voor het ontvangen van federale subsidies voor de staten dat zij een systeem invoeren waarmee het mogelijk wordt om voor elke minderjarige die te maken krijgt met kinderscherming een *guardian ad litem* te benoemen, die de belangen van de minderjarige vertegenwoordigt.<sup>96</sup> De taak van een *guardian ad litem* kan zowel door een advocaat als door bijvoorbeeld een hulpverlener worden uitgeoefend. In de daarop volgende jaren worden in een aantal staten, zoals in Pennsylvania en New York, verschillende rechtsbijstandsprogramma’s voor minderjarigen opgesteld. Er wordt ook steeds meer gebruik gemaakt van vrij-

---

92 *New Brunswick (Minister of Health & Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46 (zie ook par. 10.2.1). In deze zaak was een verzoek ingediend tot tijdelijke gezagsontneming. De moeder had tevergeefs een beroep gedaan op rechtsbijstand, want wettelijk werd in New Brunswick aan ouders alleen rechtsbijstand verleend bij een verzoek tot permanente gezagsontneming. De *Supreme Court* oordeelde dat gezien de omstandigheden van het geval de moeder juridisch had moeten zijn vertegenwoordigd om een eerlijke procedure ter vaststelling van de belangen van haar kinderen te garanderen. Thompson (2000) is van mening dat op grond van het criterium van de *Supreme Court* voor rechtsbijstand nauwelijks een situatie voor te stellen is wanneer een ouder in een kinderschermingsprocedure géén recht op juridische bijstand heeft (p. 93).

93 Blishen (1991) bespreekt verschillende aspecten van het juridisch vertegenwoordigen van een *Children’s Aid Society*.

94 Saskatchewan, Newfoundland, Prince Edward Island, Northwest Territories.

95 Law Reform Commission of Canada, Working paper nr. 1, *The Family Court* (Ottawa, 1974).

96 Ook wordt de *National Association of Counsel for Children* opgericht; zie McCall (1990), p. 356, 360-361, 363.

willigers die als (niet-juridische) belangenbehartiger voor de minderjarige optreden: in bijna alle staten bestaat nu het zogenaamde *Court Appointed Special Advocates* programma. Op dit moment wordt elke minderjarige die te maken krijgt met kinderbescherming in veertig staten juridisch bijgestaan. In tien van deze staten krijgt een minderjarige zelfs zowel een *guardian at litem* als een advocaat toegevoegd.<sup>97</sup>

In Canada wordt voor het eerst in Ontario naar aanleiding van een tweetal rapporten in 1980<sup>98</sup> in de wet een bepaling opgenomen dat minderjarigen in kinderbeschermings-zaken onafhankelijk van de andere partijen kunnen worden vertegenwoordigd door een advocaat. In datzelfde jaar gaat ook een speciaal programma van start, het zogenaamde *Child Representation Programme of the Office of the Official Guardian for Ontario*; een speciale organisatie wordt verantwoordelijk voor de juridische bijstand aan minderjarigen. Deze organisatie neemt gespecialiseerde advocaten in dienst die ervaring hebben in het vertegenwoordigen van minderjarigen. In 1985 wordt deze organisatie onafhankelijk van de *Official Guardian* en verandert de naam in de *Office of Child and Family Service Advocacy*. Ook in andere provincies worden regelingen ingevoerd die het wettelijk mogelijk maken dat een minderjarige een advocaat toegevoegd krijgt in kinderbeschermingszaken.<sup>99</sup> In sommige provincies wordt net als in Ontario een speciaal bureau voor rechtsbijstand aan minderjarigen opgericht, zoals in Alberta en Québec. Hoewel er nogal wat verschillen zijn in de manier waarop wettelijk inhoud is gegeven aan de juridische bijstand aan minderjarigen, geeft deze ontwikkeling in elk geval aan dat de erkenning van het belang van een eigen advocaat voor minderjarigen bij kinderbescherming groot is.<sup>100</sup>

---

97 D.w.z. een persoon die de belangen van de minderjarige behartigt en een advocaat die instructies krijgt van de minderjarige over het optreden ter zitting. Zie de recent verschenen *Guidelines for Public Policy and State Legislation Governing Permanence for Children* van Duquette en Hardin (in 1999 in de VS uitgebracht door het *Department of Health and Human Services*, zie ook noot 61, 110 en 173), waarin gepleit wordt voor rechtsbijstand voor minderjarigen en ouders door een advocaat in alle kinderbeschermingszaken (hfst. VII). De *Court Appointed Special Advocate* dient ook in alle staten te blijven functioneren (richtlijn 16, p. VII-22). In 1995 heeft de American Bar Association (ABA) de *Standards of Practice for Lawyers Who Represent Children in Abuse and Neglect Cases* opgesteld. Deze gedragsregels gelden sinds februari 1996; zie Melli (1997), p. 506, Duquette (2000), p. 442.

98 Deze rapporten zijn afkomstig van de *Attorney General's Committee on Representation of Children* en gaan o.a. in op de zaak *Re Helmes* (1976), waarin het ging om de vraag of een rechter een advocaat voor de minderjarige kon benoemen zonder dat hiervoor een wettelijke bepaling gold; zie Bernstein (1994), p. 195, en Himmel (1991), p. 196.

99 Dit wil echter nog niet zeggen dat in alle gevallen de nieuwe wettelijke mogelijkheden tot toevoeging van een advocaat aan een minderjarige ook worden toegepast in de praktijk. Zo is in British Columbia in 1979 een speciale bepaling opgenomen in de *Family Relations Act* die het o.a. in kinderbeschermingszaken mogelijk maakt een advocaat gespecialiseerd in het familierecht toe te voegen, maar wordt er in de praktijk nauwelijks tot nooit gebruik van gemaakt (zie Himmel [1991], p. 203). In het *Gove-report* uit 1995 wordt dan ook de aanbeveling gedaan dat minderjarigen vaker juridische bijstand moeten krijgen in kinderbeschermingszaken.

100 In Engeland bestaat sinds 1984 een *guardian at litem service*; in kinderbeschermingszaken wordt een *guardian at litem* aan de minderjarige toegevoegd tenzij dit niet noodzakelijk is ter bescherming van zijn belangen (s. 41 [1] *Children's Act*). Deze persoon is een onafhankelijk maatschappelijk werker die de belangen van de minderjarige moet beschermen en een rapport moet opstellen met een advies aan de rechter over wat het meest in het belang van het kind is. Naast de *guardian at litem* wordt er ook een advocaat toegevoegd aan de minderjarige door de *guardian at litem*, die hiertoe onder bepaalde voorwaarden verplicht is, of door de rechter. De *guardian at litem* geeft de advocaat instructies, tenzij de minderjarige dit zelf doet. Zie uitgebreid Masson (2000).

De regelingen geven soms algemeen en soms meer gedetailleerd aan wanneer een toevoeging is geïndiceerd. Zo bepaalt s. 38 (3) CFSA in Ontario dat “*where the court determines that legal representation is desirable to protect a child’s interests*”, een advocaat kan worden benoemd die speciaal voor de minderjarige optreedt. Verdere criteria voor het toevoegen van een advocaat zijn bijvoorbeeld dat het moet gaan om conflicterende belangen van een minderjarige en ouders of een *Children’s Aid Society*, dat het moet gaan om een UHP van de minderjarige of dat de belangen van een minderjarige zonder toevoeging niet voldoende worden gewaarborgd.<sup>101</sup>

De taak van de advocaat die de minderjarige vertegenwoordigt inzake kinderscherming is in de wettelijke regelingen niet duidelijk geformuleerd en is dan ook onderwerp van discussie in de literatuur. Er worden drie verschillende rollen onderscheiden die de advocaat kan vervullen: de rol van de *advocate*, de *guardian* en de *amicus curiae*. In de eerste benadering treedt de advocaat traditioneel op als vertegenwoordiger van de minderjarige en beschermt en behartigt hij de belangen van zijn minderjarige cliënt net zoals hij dit bij een volwassen cliënt doet. De advocaat als *guardian* treedt op als onderzoeker en bewaker van wat het meest in het belang van de minderjarige is, waarbij de wens van de minderjarige slechts één van de factoren is naast de vraag wat hij zelf het meest in het belang van het kind acht. De benadering van de *amicus curiae* tenslotte houdt in dat de advocaat als neutrale ondersteuner van de rechtbank en de minderjarige fungeert in de zin dat hij als tussenpersoon optreedt tussen de minderjarige en de rechtbank en de procedure vergemakkelijkt door het verlenen van juridische bijstand.<sup>102</sup>

De rol die de advocaat inneemt is afhankelijk van een aantal factoren en zal in de praktijk niet zo gemakkelijk in slechts één van de drie modellen te plaatsen zijn. In de rechtspraak heeft men zich herhaaldelijk uitgesproken over de vraag wat nu precies de rol van de advocaat is.<sup>103</sup> Ook zijn er in de praktijk rapporten en richtlijnen opgesteld die worden gehanteerd bij het bepalen van de werkwijze van de advocaat die een minderjarige bijstaat. Zo heeft een commissie van de *Law Society of upper Canada* zich gebogen over de vraag of de algemene gedragsregels voor advocaten ook zouden moeten gelden voor advocaten die minderjarigen vertegenwoordigen. De commissie kwam tot de conclusie dat in zaken waar een minderjarige in staat is tot een redelijke waardering van zijn of haar belangen, er geen reden is om als advocaat anders op te treden dan is voorgeschreven in de gedragsregels.<sup>104</sup> De *Quebec Bar Committee on the Legal Representation of Children* komt in 1994 tot een soortgelijke conclusie: als een minderjarige in staat is tot een redelijke waardering van zijn of haar belangen, dient de advocaat de instructies van de minderjarige op te volgen. De advocaat dient de wilsbekwaamheid van de minderjarige in te schatten, waarbij als uitgangspunt geldt dat een minderjarige vanaf de leeftijd van twaalf jaar wilsbe-

---

101 Zie bijv. s. 38 (4) CFSA en art. 80 LPJ.

102 Zie o.a. Bernstein (1994), par. 3 en Himel (1991), p. 197.

103 Bijv. *Re W.* (1980), 13 R.F.L. 380 at 382 (Ont. Prov. Ct.) en *Re C.* (1980), 14 R.F.L. (2d) 21 at 26 (Ont. Prov. Ct.); zie voor een analyse van de rechtspraak ook Bernstein (1994) en Himel (1991), p. 198-199.

104 Zie over dit rapport uitgebreid Bernstein (1994); hij gaat ook uitgebreid in op de vraag wat de rol van de advocaat is in zaken waar een minderjarige nog te jong is om instructies te geven en stelt voor om in deze zaken nog slechts een advocaat toe te voegen als een ouder niet op de zitting verschijnt, een ouder geen advocaat heeft, een van de partijen niet voldoende competente juridische bijstand heeft of een *Children’s Aid Society* niet volledig onpartijdig is; zie p. 189 e.v.

kwaam wordt geacht.<sup>105</sup> De huidige richtlijnen van de *Official Guardian's Office* in Ontario (waar advocaten zich overigens niet verplicht aan hoeven te houden, omdat zij immers onafhankelijk zijn) hebben de uitgangspunten uit de rechtspraak en de richtlijnen gecombineerd: “*where a child lacks the capacity to instruct a lawyer, counsel should adopt a ‘best interests approach’ to representation, putting forward counsel’s own view as to the best disposition. Where the child is able to express views and preferences, those views must be communicated to the court.*”<sup>106</sup>

Hoewel de angst voor een overjuridisering in kinderbeschermingszaken bij de toevoeging van een advocaat voor minderjarigen misschien niet geheel ongegrond is, blijkt in Canada, waar de procedure ter zitting in kinderbeschermingszaken veel juridischer en minder informeel van aard is dan in Nederland, dat de advocaat in zaken waar er een verschil van mening bestaat tussen partijen een belangrijke rol vervult en daadwerkelijk iets kan bijdragen. De reacties op het functioneren van de advocaat in kinderbeschermingszaken is vanuit alle partijen gezien zeer positief te noemen. Kinderrechters zijn over het algemeen van mening dat de advocaat daadwerkelijk iets kan toevoegen op de zitting en kan helpen de belangen van de minderjarige inzichtelijk te maken. Vanuit de wetenschap wordt aangegeven dat het voor de minderjarige zeer belangrijk is om zelf juridische bijstand te hebben waar zijn of haar recht op gezinsleven wordt geschonden. Advocaten die minderjarigen bijstaan zijn tenslotte overtuigd van het nut van hun functie. Als gespecialiseerde ‘kinderadvocaat’ merken zij in de dagelijkse praktijk dat zij een belangrijke rol vervullen in een kinderbeschermingsprocedure, zowel als het gaat om het bijstaan van oudere minderjarigen, waar zij als traditionele advocaat de instructies van hun minderjarige cliënt opvolgen, als bij het vertegenwoordigen van jonge kinderen (bijvoorbeeld een ‘drugsbaby’), waar zij meer als belangenbehartiger voor het kind optreden en vanuit deze rol aandacht kunnen vragen voor de belangen van het kind, zoals het nemen van een snelle beslissing en het belang van hechting voor een kind.<sup>107</sup>

#### 10.2.3.5 Specialisme kinderrechter

Evenals in Nederland bestaat ook in Canada het specialisme kinderrechter. In Ontario bestaat er bijvoorbeeld een speciale dependance van de rechtbank voor alle zaken waarin minderjarigen partij zijn, zowel in het civiele recht als in het jeugdstrafrecht.<sup>108</sup> In Québec is in 1977 bij de inwerkingtreding van de huidige kinderbeschermingswet (de LPJ) het *Tribunal de la Jeunesse* opgericht, een speciale rechtbank die bevoegd is om alle zaken betreffende minderjarigen te behandelen. Dit is nu de *Chambre de la Jeunesse*, een speciale kamer van de *Cour du Québec* die alleen jeugdzaken behandelt op grond van de LPJ, waaronder bijvoorbeeld ook adoptiezaken vallen, en de federale jeugdstrafwet. Verder geven enkele andere provinciale wetten de *Chambre de la Jeunesse* competentie in bijvoorbeeld zaken betreffende de psychiatrische opname van min-

---

105 Quebec Bar (1994), *The Legal Representation of Children, a Consultation Paper*.

106 Himel (1991), p. 199. Duquette (2000) pleit voor zoveel mogelijk objectiviteit bij de uitoefening van beide rollen door de advocaat en geeft hiertoe richtlijnen.

107 Dit alles blijkt uit verschillende interviews die ik heb afgenomen in Ontario en Québec. Zie over de noodzaak van een *Children's Lawyer* ook Himel (1991), p. 199-203. Uit recent onderzoek in Engeland blijkt dat minderjarigen zeer positief zijn over de bijstand die zij in kinderbeschermingszaken van de *guardian ad litem* krijgen (zie Masson (2000), p. 484).

108 De speciale vestigingen van de Provincial Court bestaan uit een Family Division (alle familie- en jeugdzaken) en een Youth Court (jeugdstrafrecht).

derjarigen.<sup>109</sup> Kinderrechters behandelen derhalve jeugdzaken in de breedste zin van het woord. Een kinderrechter blijft in principe voor lange tijd dezelfde zaken behandelen en hoeft zich niet na een aantal jaar een nieuw rechtsgebied eigen te maken. Dit bevordert het specialisme van de kinderrechters.

Het is algemene praktijk dat een kinderrechter vanaf het moment dat deze de zaak in behandeling neemt verantwoordelijk blijft voor alle beslissingen die in de zaak worden genomen. Dit kan op beleid van de rechtbank zijn gebaseerd of zelfs wettelijk zijn bepaald. In Ontario is het beleid dat men werkt op basis van wat men *case management* noemt: een zaak blijft bij dezelfde kinderrechter aanhangig. In Québec is bij de wetsherziening van de LPJ in 1994 een bepaling opgenomen waarin is voorgeschreven dat een zaak in principe door één kinderrechter wordt behandeld, zodat de continuïteit van de juridische interventie wordt vergroot. Art. 95 (1) LPJ bepaalt dat “*la demande de révision ou de prolongation est présentée au juge qui a prononcé le jugement initial.*” Ouders en minderjarigen zien in principe vanaf de behandeling van een verzoek tot een maatregel van kinderbescherming tot op het moment dat de maatregel afloopt dezelfde kinderrechter op de zitting. De kinderrechter zal een verlengingsverzoek of een verzoek om herziening van de maatregel behandelen als hij of zij de maatregel van kinderbescherming in deze zaak heeft uitgesproken, tenzij dit onmogelijk is omdat hij of zij bijvoorbeeld niet aanwezig is op het moment dat de zaak ter zitting wordt behandeld of omdat de zaak door een andere rechtbank moet worden behandeld. Bij het invoeren van deze bepaling is er op gewezen dat de kinderrechters hun onpartijdigheid goed dienen te bewaken.<sup>110</sup>

In Québec heeft de kinderrechter de wettelijke taak om zijn beslissing aan de minderjarige uit te leggen. In art. 89 LPJ is bepaald dat de kinderrechter aan de betrokken minderjarige de aard van de maatregel moet uitleggen en de motieven die de maatregel rechtvaardigen moet toelichten. De kinderrechter heeft een inspanningsverplichting om de minderjarige te overtuigen van zijn of haar beslissing.<sup>111</sup> Deze bepaling dwingt de kinderrechter om in een begrijpelijke taal aan de minderjarige uit te leggen wat de beweegredenen zijn om tot het opleggen van een maatregel van kinderbescherming te beslissen.

Kinderrechters die een beslissing moeten nemen over een eerste verzoek tot een maatregel van kinderbescherming toetsen in twee fasen. Eerst moet worden vastgesteld of een minderjarige *in need of protection* is en bescherming nodig heeft, en vervolgens dient een beslissing over een op te leggen maatregel te worden genomen die het meest in het belang van het kind is. Dit kan samengaan met een scheiding van de behandeling ter zitting in twee verschillende delen. In Ontario is deze tweestapstoets expliciet opgenomen in de regelgeving, waarin is bepaald dat het aangevoerde bewijs omtrent de op te leggen maatregel pas wordt toegestaan als vaststaat dat de minderjarige *in need of protection* is.<sup>112</sup> In de

---

109 *Loi sur la protection du malade mental, Loi sur la protection de la santé publique, Loi sur l'instruction publique.* Zie over de *Chambre de la Jeunesse* en de rol van de kinderrechter Ruffo (1988 en 1990).

110 Ook in de *Guidelines for Public Policy and State Legislation Governing Permanence for Children*, die in 1999 in de VS op initiatief van president Clinton door Duquette en Hardin zijn opgesteld (zie ook noot 61, 97 en 173) wordt als aanbeveling gedaan dat de provinciale regelingen moeten waarborgen dat “*the same judge will hear the entire child protection proceeding from initial removal through ultimate discharge from court jurisdiction*”(p. IV-4).

111 Art. 89 LPJ bepaalt dat “*le juge doit expliquer à l'enfant la nature des mesures envisagées et les motifs les justifiant; il doit s'efforcer d'obtenir l'adhésion de l'enfant.*”

112 S. 50 (2) CFSA; in Newfoundland en Prince Edward Island gelden soortgelijke bepalingen.

rechtspraktijk wordt er verschillend omgegaan met de toetsing in twee fasen. Soms is er inderdaad sprake van een behandeling ter zitting in twee verschillende sessies op verschillende dagdelen of dagen. Vaak wordt echter tijdens dezelfde sessie eerst de vraag behandeld of er voldoende bewijs is dat de minderjarige bescherming behoeft, waarna direct wordt overgegaan op het bepalen van de op te leggen maatregel die het meest in het belang van het kind is.<sup>113</sup>

#### 10.2.3.6 Kinderbeschermingsmaatregelen

Hoewel de precieze invulling van het maatregelenpakket enigszins verschilt per provincie, zijn de basisprincipes gelijk en zijn er enkele ‘basismaatregelen’ van kinderbescherming te onderscheiden. Naast een tijdelijke kinderbeschermingsmaatregel bestaan drie andere maatregelen, namelijk de *supervision order*, de maatregel tot tijdelijke gezagsontneming en de maatregel tot definitieve gezagsontneming. Voordat deze maatregelen zullen worden besproken, zal ik eerst kort ingaan op de inhoud van het begrip gezag in de Anglo-Amerikaanse rechtstelsels. Omdat dit niet hetzelfde rechtsbegrip is als het Nederlandse begrip ouderlijk gezag, is het voor een juiste analyse van de maatregelen noodzakelijk om dit verschil voor ogen te houden.

Het begrip ouderlijk gezag omvat het gezag over de persoon en het vermogen van de minderjarige. Het ouderlijk gezag heeft in de *common law* een fysieke en een juridische component. De fysieke component van het ouderlijk gezag omvat de dagelijkse verzorging en opvoeding van de minderjarige. Dit deel van het gezag (ook wel als ‘*care*’ aangeduid) wordt uitgeoefend door de dagelijkse verzorger van de minderjarige. De juridische component van het ouderlijk gezag wordt in principe door beide ouders uitgeoefend en omvat onder andere het nemen van belangrijke beslissingen met betrekking tot onderwijs en medische behandeling, het geven van toestemming voor het huwelijk van een minderjarige en het bepalen van de verblijfplaats van de minderjarige.<sup>114</sup> Als een minderjarige met instemming van de ouders bij een derde worden geplaatst, heeft deze dagelijkse verzorger derhalve een soort van verzorgings- en opvoedingsrecht en kunnen beslissingen worden genomen die aan de dagelijkse verzorging en opvoeding van de minderjarige gerelateerd zijn, terwijl de ouders het ouderlijk

---

113 Genereux (1991) stelt dat de scheiding van de procedure in twee verschillende fasen meestal voorkomt in de grote steden, terwijl in de kleine steden juist vaak maar één zitting is waarin beide fasen worden behandeld (p. 64).

114 Cruickshank (1991), p. 97. Deze omschrijving van het gezagsbegrip geldt voor alle Canadese provincies behalve Québec. In sommige provincies wordt bij de gezagsontneming een onderscheid gemaakt tussen het gezag over de persoon en over het vermogen van de minderjarige, terwijl andere provincies geen onderscheid maken tussen beide componenten. S. 1 CFCSA definieert ouderlijk gezag als volgt: “*custody includes care and guardianship of a child.*” Het gaat hier te ver om uitgebreid in te gaan op het begrip ouderlijk gezag zoals dat in Québec wordt gebruikt; hoewel de begrippen verschillen, heeft ook het ouderlijk gezag in Québec een fysieke component (*garde*), die wordt uitgeoefend door degene die de minderjarige verzorgt en opvoedt. Zie over de inhoud van het gezag in Québec en in de andere Canadese provincies Bernard/Ward/Knoppers (1992).



gezag behouden.<sup>115</sup> Bij gebruik van een vrijwillig hulpverleningscontract voor een UHP van een minderjarige kan met de ouders worden afgesproken dat het verzorgings- en opvoedingsrecht wordt gedelegeerd aan een derde, terwijl het ouderlijk gezag intact blijft.

### *Tijdelijke kindbeschermingsmaatregel*

Er bestaat in alle provincies een tijdelijke maatregel van kindbescherming die kan worden opgelegd voor de periode tot het uitspreken van de definitieve kindbeschermingsmaatregel en die wel als *interim custody* of *interim care* wordt aangeduid. De tijdelijke maatregel die door de kinderrechter wordt uitgesproken, kan worden voorafgegaan door een crisisinterventie in het gezin zonder voorafgaand rechterlijk verhoor. Indien een minderjarige dringend bescherming nodig heeft en een rechtszitting niet kan worden afgewacht, dan kan de minderjarige door de *Children's Aid Society* onder wettelijke voorwaarden zonder rechterlijke machtiging uit huis worden gehaald.<sup>116</sup> Hierbij wordt wel een onderscheid gemaakt tussen zogenaamde 'emergency' en 'non-emergency' situaties.<sup>117</sup> Als sprake is van een noodsituatie bestaat in alle regelingen de wettelijke mogelijkheid voor de *Children's Aid Society* om zonder rechterlijke machtiging te interveniëren in het gezin en een minderjarige tijdelijk uit huis te plaatsen. Onder 'noodsituatie' wordt wettelijk verstaan dat de minderjarige in 'immediate danger' is of dat de minderjarige geen verzorger heeft en niet in staat is om voor zichzelf te zorgen.<sup>118</sup> Als het gaat om een 'non-emergency' situatie, is in een aantal provincies een rechterlijke machtiging vereist voor het direct uithuisplaatsen van een minderjarige zonder voorafgaand verhoor. De machtiging kan vaak telefonisch worden verleend en hoeft niet te leiden tot vertraging in een procedure waar nu juist spoed geboden is.<sup>119</sup> Een 'non-emergency' situatie waarin zo snel mogelijk moet worden ingegrepen, wordt meestal omschreven als een situatie waarin een minderjarige 'in need of protection' is zonder dat er sprake is van onmiddellijk gevaar of een aanmerkelijk risico voor de veiligheid of gezondheid van de minderjarige. Er moet dan wel kunnen worden aangetoond dat er voldoende grond is ('reasonable and probable grounds') om te oordelen dat de minderjarige in need of protection is en wettelijk bescherming behoeft.

---

115 In Engeland is dit principe in 1989 in de *Children's Act* uitgewerkt: de verzorger van de minderjarige die geen ouderlijk gezag heeft "may do what is reasonable in all the circumstances for the purpose of safeguarding or promoting the child's welfare" (s. 3 [5] [b] *Children's Act*). Ook zijn de zgn. *section 8 orders* ingevoerd, waarmee praktische zaken, zoals de verblijfplaats van de minderjarige, kunnen worden bepaald zonder dat de "symbolism of victory that had come to be attached to custody" een rol speelt; zie Lowe and Douglas (1998), p. 324. Een andere nieuwe maatregel is de *family assistance order* (s. 16) voor kortstondige hulp aan het gezin (bijv. bij omgangsproblematiek na echtscheiding), waarvoor tot 1989 de *supervision order* werd uitgesproken en die is ingevoerd om de verschillende doelstellingen wettelijk te onderscheiden.

116 Soms zijn de wettelijke voorwaarden ruim geformuleerd en heeft de *Children's Aid Society* een grote discretionaire bevoegdheid (de UHP moet bijv. in het belang van het kind zijn), terwijl in andere regelingen als wettelijke voorwaarde een meer gedetailleerde term wordt gebruikt als 'onmiddellijk en ernstig gevaar voor de minderjarige', waarmee de discretionaire bevoegdheid wordt verkleind.

117 Dit onderscheid wordt uitvoerig uitgewerkt in een recente uitspraak van de *Supreme Court* van Canada: *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519.

118 Zie s. 25, 27 CFCSA; de regelingen van Manitoba, Yukon en Nova Scotia bevatten dezelfde omschrijving van een 'noodsituatie'; andere provincies hebben een soortgelijke bepaling waarin een noodsituatie voor de minderjarige is omschreven.

119 Zie bijv. s. 19 CFCSA.

Recent heeft het *Supreme Court* van Canada zich uitgesproken over de vraag of gezinsinterventie in een ‘non-emergency’ situatie zonder voorafgaande rechterlijke machtiging, wat in strijd is met het recht op ‘life, liberty and security of the person’, wel in overeenstemming is met de constitutionele ‘principles of fundamental justice’ zoals deze voortvloeien uit s. 7 van de *Charter*.<sup>120</sup> Geconcludeerd is dat een spoeduisplaatsing zonder rechterlijke machtiging op grond van de belangen van de betrokkenen, de moeilijkheid van het onderscheiden van ‘emergency’ en ‘non-emergency’ situaties en een afweging van de risico’s voor minderjarigen bij het aannemen van een strenger criterium voor gezinsinterventie tegenover de voordelen van voorafgaande rechterlijke toestemming voor een UHP, voldoet aan de ‘principles of fundamental justice.’<sup>121</sup> Hierbij wordt wel benadrukt dat, gezien de grote inbreuk die wordt gemaakt op de belangen van betrokkenen bij een dergelijk ingrijpen, de scheiding tussen ouders en minderjarige als gevolg van de overheidsinterventie zoveel mogelijk dient te worden geminimaliseerd door een eerlijk en snel verhoor ter zitting zodat een kinderrechter over de interventie kan oordelen.<sup>122</sup>

Voor een crisisuisplaatsing van een minderjarige geldt een maximale termijn waarbinnen partijen door een rechter moeten zijn gehoord over de genomen beslissing tot UHP. De termijn varieert per provincie; zo geldt in Ontario en Québec een termijn van maximaal vijf dagen en in British Columbia een termijn van maximaal zeven dagen UHP van de minderjarige zonder dat partijen door de rechter zijn gehoord.

Als tijdens het verhoor blijkt dat er een kindbeschermingsprocedure wordt gestart en een verzoek zal worden ingediend tot het uitspreken van een maatregel, zal de kinderrechter dan of op een later moment (na aanhouding van de zaak omdat er bijvoorbeeld nog geen afgerond onderzoeksrapport voorhanden is) een beslissing moeten nemen over de situatie van de minderjarige gedurende de gehele procedure tot het uitspreken van een maatregel, die enkele maanden kan duren. De belangrijkste beslissing die de kinderrechter dient te nemen betreft het vaststellen van de verblijfplaats van de minderjarige gedurende het verloop van de procedure. Verder kan een kinderrechter bijvoorbeeld een beslissing nemen over een eventuele omgangsregeling met de ouders. Een kinderrechter kan een tijdelijke maatregel van UHP uitspreken of kan bepalen dat de minderjarige gedurende het proces bij de ouders of met goedvinden van de ouders bij een derde kan blijven wonen onder begeleiding van de *Children’s Aid Society*.<sup>123</sup> Het ouderlijk gezag wordt bij een UHP tijdelijk ontnomen, terwijl het gezag slechts wordt beperkt als de minderjarige bij de ouders blijft wonen of met goedvinden van de ouders tijdelijk bij een derde woont.

---

120 *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519.

121 Zie vorige noot, r.o. 140. In een *dissenting opinion* oordelen de rechters McLachlin en Arbour dat de *principles of fundamental justice* wel een rechterlijke machtiging eisen voor een UHP van een minderjarige gezien het feit dat een *Children’s Aid Society* niet tot een onpartijdig oordeel kan komen, omdat deze zowel een onderzoekstaak heeft als een taak om te beslissen wanneer er voldoende grond is om de minderjarige zonder voorafgaande rechterlijke machtiging uit huis te plaatsen.

122 Zie noot 120, r.o. 122; hoewel het *Supreme Court* zich niet in absolute zin uitspreekt over een maximale termijn waarbinnen de UHP door een rechter wordt getoetst, wordt de termijn van twee weken vanaf de UHP tot het verhoor ter zitting genoemd als minimale constitutionele standaard (r.o. 125).

123 Zie bijv. s. 51 (2) CFSA en s. 35 CFCSA.

### *Supervision order*

De kinderbeschermingsmaatregelen die na afloop van de procedure kunnen worden uitgesproken door de kinderrechter zijn de *supervision order*, waarbij de minderjarige thuis blijft wonen, de tijdelijke gezagsontneming en de permanente gezagsontneming. Een *supervision order* is de minst ingrijpende maatregel van kinderbescherming en kan in principe niet samengaan met een UHP van de minderjarige. Een uitzondering is bijvoorbeeld te vinden in de regelgeving van Ontario, waar een *supervision order* ook kan worden uitgesproken als de minderjarige bij familie, buren of een ander uit de nabije omgeving van de minderjarige woont of daar wordt geplaatst met goedvinden van deze nieuwe verzorger van de minderjarige. Dit wordt wel een *community placement* genoemd: een plaatsing van de minderjarige bij iemand uit het sociale netwerk van het gezin met instemming van alle partijen.<sup>124</sup> Deze vorm van UHP heeft de wettelijke voorkeur. In dat geval kan hulp worden geboden aan de minderjarige in het opvanggezin. In British Columbia geldt een soortgelijke regel: een *supervision order* kan ook worden uitgesproken als de minderjarige bij een derde wordt geplaatst die instemt met de plaatsing.<sup>125</sup>

Een *supervision order* kan samengaan met een aantal door de kinderrechter opgelegde voorwaarden die betrekking hebben op de verzorging en opvoeding van de minderjarige. De voorwaarden kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op de wijze waarop aan de gedwongen hulpverlening inhoud zal worden gegeven of op omgangsregelingen tussen de minderjarige en derden. Zo kunnen ouders en minderjarigen worden verplicht om mee te werken aan huisbezoeken van een maatschappelijk werker, aan de deelname van de minderjarige aan bepaalde hulpverleningsprojecten of aan buitenschoolse activiteiten. De voorwaarden zullen meestal worden verzocht door de *Children's Aid Society* en zullen voortvloeien uit het opgestelde hulpverleningsplan.

Sommige wetten stellen het overleggen van een hulpverleningsplan, een zogenaamd *plan of care*, verplicht voordat de kinderrechter kan beslissen over een op te leggen maatregel van kinderbescherming. In Ontario is wettelijk voorgescreven wat er in een hulpverleningsplan moet worden opgenomen: een beschrijving van de te verlenen diensten die de situatie waaronder de minderjarige bescherming nodig heeft zullen verbeteren, een verklaring die de voorwaarden geeft waaronder de maatregel van kinderbescherming niet langer nodig is en een inschatting van de periode die nodig is om het doel van de gezinsinterventie te bereiken. Als het om een verderstrekkende maatregel gaat waarbij de minderjarige uit huis wordt geplaatst, dient ook aangegeven te worden waarom de minderjarige niet thuis kan blijven wonen en welke afspraken zullen worden getroffen omtrent de omgang tussen de ouders en de minderjarige.<sup>126</sup>

Een *supervision order* kan vaak worden opgelegd voor een wettelijk bepaalde maximale termijn, variërend van drie tot twaalf maanden. Na afloop van de maatregel kan op verzoek door de kinderrechter een verlenging worden uitgesproken. Ook de termijn van verlenging van de maatregel is in tijdsduur begrensd. Er gelden in de meeste provincies geen maximale termijnen voor het aantal verlengingen van deze maatregel.

---

124 S. 57 (4) CFSA.

125 S. 41 (1) (b) CFCSA.

126 S. 56 CFSA. Ook in British Columbia, Alberta en Nova Scotia dient bij het maatregelverzoek een *plan of care* te worden ingediend.

Bij een *supervision order* blijven de ouders het ouderlijk gezag uitoefenen en houdt de maatregel slechts in zoverre een beperking van het gezag in, dat de voorwaarden die worden opgelegd met betrekking tot de verzorging en opvoeding van de minderjarige door de ouders moeten worden nageleefd. Alleen als een *supervision order* samengaat met een UHP bij een derde uit de directe omgeving van de minderjarige, wordt het gezag geheel of gedeeltelijk bij deze dagelijkse verzorger van de minderjarige gelegd.<sup>127</sup>

### *Gezagsontneming*

Naast de *supervision order* bestaan er twee gezagsontnemende maatregelen, te weten de tijdelijke gezagsontneming (*temporary custody order/ society wardship*) en de permanente gezagsontneming (*continuing custody order/ Crown wardship*). Hoewel het theoretisch gezien mogelijk is om direct een maatregel tot permanente gezagsontneming op te leggen, is dit vrij zeldzaam en komt dit in de praktijk slechts voor als ouders bijvoorbeeld zijn overleden of als zij hun kind hebben verlaten.<sup>128</sup> In principe volgt de permanente gezagsontneming pas na verloop van tijd op de maatregel van tijdelijke gezagsontneming, die maar voor een in de wet begrensde duur kan worden opgelegd. Vanwege de toegenomen aandacht voor het belang van stabiliteit en continuïteit voor de minderjarige zijn er namelijk wettelijke termijnen ingevoerd voor de maximale duur van een tijdelijke gezagsontneming.<sup>129</sup> De termijnen verschillen per provincie van maximaal twaalf tot zesendertig maanden en zijn soms gekoppeld aan leeftijds grenzen. Als binnen deze termijn geen verbetering is opgetreden in de zin dat de ouders weer met het gezag kunnen worden belast en de minderjarige weer bij de ouders kan gaan wonen,<sup>130</sup> dient een permanente gezagsontneming te worden uitgesproken.

Beide maatregelen gaan samen met een UHP van de minderjarige in een pleeggezin of in een residentiële voorziening. Zodra het gaat om een UHP van een minderjarige, tenzij dit een netwerkplaatsing in de directe omgeving van de minderjarige is zoals bij de *supervision order* is beschreven, brengt dit een gezagsoverdracht met zich mee. Het gezag wordt ouders in principe ontnomen en wordt overgeheveld naar een *Children's Aid Society*. Er zijn wel enkele verschillen in de mate waarin het gezag bij tijdelijke en permanente gezagsontneming aan ouders wordt ontnomen.

Het rechtsgevolg van een permanente gezagsontneming is uniform in heel Canada: het ouderlijk gezag wordt ouders geheel ontnomen, inclusief het recht om toestemming te geven tot medische behandeling en tot adoptie van de minderjarige. "*The main purposes of permanent wardship are to terminate parental rights and prepare for adoption, and to ensure that a child receives appropriate medical treatment.*"<sup>131</sup> Dit hangt samen met het rechtsbegrip adoptie, dat in de

---

127 In Ontario zal alleen het zgn. verzorgings- en opvoedingsrecht bij de verzorger komen te liggen en behouden ouders het gezag (zie s. 57 [4] CFSA waar gesproken wordt over *care*), terwijl in British Columbia wettelijk is bepaald dat de minderjarige bij een ander kan worden geplaatst die op dat moment het gezag uitoefent (zie s. 41 [1] [b] CFCSA).

128 Cruickshank (1991), p. 84.

129 Genereux (1991), p. 70.

130 De terugplaatsing van de minderjarige naar de ouders kan eventueel gepaard gaan met de maatregel van *supervision*; in Ontario bestaat een speciale 'combinatie-maatregel': een tijdelijke gezagsontneming gevolgd door een *supervision order* voor de maximale duur van twaalf maanden (s. 57 [1] [4] CFSA). Ook in British Columbia bestaat deze maatregel (s. 41 [1.1] [b] CFCSA).

131 Cruickshank (1991), p. 98.

Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels wel als ultieme vorm van kinderscherming wordt beschouwd. Ook in Canada kan een kinderschermingsprocedure uiteindelijk uitmonden in een adoptie van een minderjarige op grond van het feit dat deze bescherming nodig heeft.<sup>132</sup> Om adoptie van minderjarigen mogelijk te maken ondanks verzet daartoe van ouders, is het nodig dat het recht om toestemming te geven tot adoptie van een minderjarige van de ouders wordt ontnomen en bij de *Children's Aid Society* wordt gelegd. Een permanente gezagsontneming kan er dan ook toe leiden dat alle banden van de minderjarige met de oorspronkelijke ouders worden verbroken. Er is in Canada inmiddels wel een tendens waarneembaar dat een adoptie niet meer automatisch leidt tot het verbreken van alle banden met de ouders. Het is tegenwoordig soms mogelijk dat de oorspronkelijke ouders, ook nadat hun kind is geadopteerd, nog enig contact met de minderjarige behouden en een omgangsregeling kan worden vastgesteld.<sup>133</sup> Omgang wordt echter slechts toegekend als dit in het belang is van de minderjarige.

De mate waarin een tijdelijke gezagsontneming de rechten van ouders feitelijk ontnemt verschilt per provincie. De meeste wetten geven niet precies aan welke rechten ouders worden ontnomen met betrekking tot hun kind. Sommige wetten geven wel in duidelijke woorden aan welke belangrijke beslissingen genomen mogen worden door de *Children's Aid Society* die met het gezag wordt belast. Zo is in Ontario bepaald dat de organisatie die met het gezag wordt belast bij een maatregel van tijdelijke gezagsontneming verantwoordelijk is voor het onderwijs dat de minderjarige zal volgen en toestemming mag geven tot medische behandeling van de minderjarige, tenzij de kinderrechter bij het uitspreken van de maatregel heeft bepaald dat ouders dit recht niet wordt ontnomen. Ook is wettelijk omschreven dat de ouders het recht behouden om een huwelijk van hun minderjarig kind goed te keuren of zonder hun toestemming tegen te houden.<sup>134</sup> Ook in de CFCSA van British Columbia staat genoemd welke rechten en verantwoordelijkheden de *Children's Aid Society* krijgt toegekend bij een maatregel van tijdelijke gezagsontneming, tenzij deze door de kinderrechter zijn beperkt en ouders op grond van deze beperking meer bevoegdheden houden: "*to consent to health care for the child, to make necessary decisions about the child's education and religious upbringing, to exercise any other rights and to carry out any other responsibilities of a guardian of the child's person, except the right to consent to the child's adoption.*"<sup>135</sup> Ouders behouden in principe het recht op omgang met hun kind, tenzij dit in strijd is met de belangen van de minderjarige.

In Québec bestaat een ander maatregelenpakket dan in de overige provincies en is de regeling tot ontneming van het ouderlijk gezag ook anders ingevuld. Een kinderrechter kan in principe drie verschillende 'basismaatregelen' opleggen als is vastgesteld dat de minderjarige bescherming nodig heeft. De eerste maatregel is vergelijkbaar met de *supervision order*: de minderjarige blijft bij de ouders wonen, waarbij een aantal voorwaarden kan worden opgelegd waar ouders en

---

132 In sommige provincies is de wettelijke adoptieregeling zelfs onderdeel van de kinderschermingsregeling.

133 Dit wordt wel 'open adoption' genoemd. Sinds de wetsherziening van de CFSA op 31 maart 2000 brengt een adoptie in Ontario bijv. niet meer automatisch met zich mee dat geen omgangsregeling tussen de minderjarige en zijn oorspronkelijke ouders kan worden vastgesteld (s. 59 CFSA).

134 S. 62 (2) resp. 62 (4) CFSA.

135 S. 47 (1) CFCSA.

minderjarige zich aan moeten houden. De tweede maatregel is een UHP in een pleeggezin en de derde maatregel is de UHP in een residentiële voorziening. Zoals eerder gezegd houdt een UHP in dat het verzorgings- en opvoedingsrecht bij de dagelijkse verzorger(s) komt te liggen; dit onderdeel van het gezag wordt ouders ontnomen. De kinderrechter kan voorts bepalen dat overige onderdelen van het ouderlijk gezag zullen worden uitgeoefend door anderen dan de ouders. De kinderrechter kan “*retirer aux parents l’exercice de certains droits de l’autorité parentale*.”<sup>136</sup> Zo kan bijvoorbeeld het recht op omgang worden beperkt of ontnomen.<sup>137</sup> De maatregelen dienen voor een bepaalde termijn te worden uitgesproken, maar hieronder wordt ook verstaan een periode tot aan de meerderjarigheid van het kind. In de praktijk blijven ouders meestal slechts het gezag uitoefenen voor wat betreft de verzorging en opvoeding op de momenten dat zij omgang hebben met hun kind. Zij verliezen bij een UHP het recht om de verblijfplaats van hun kind te bepalen.

Naast deze maatregelen uit de LPJ bestaat er ook nog de gezagsontneming zoals deze is geregeld in de *Code Civil*. De gehele of gedeeltelijke gezagsontneming (*déchéance*) kan worden uitgesproken op verzoek van de *Children’s Aid Society*, de minderjarige en elke belanghebbende op grond van feiten die aantonen dat ouders hun verplichtingen ten aanzien van hun kind niet nakomen. De rechtsgrond is ruim geformuleerd; in de jurisprudentie is een aantal criteria te onderscheiden die een grond voor ontheffing opleveren. Deze criteria zijn vergelijkbaar met de rechtsgronden voor ontheffing en ontzetting zoals wij die in Nederland kennen.<sup>138</sup> Sinds de inwerkingtreding van de publiekrechtelijke kinderbeschermingswet in 1977, die in tegenstelling tot de privaatrechtelijke *Code Civil* gericht is op gezinsinterventie ter bescherming van de minderjarige in plaats van gezagsontneming ter ‘veroordeling’ van het gedrag van ouders, wordt de gezagsontneming op grond van de *Code Civil* in de praktijk nauwelijks meer toegepast. Slechts als de minderjarige zal worden geadopteerd, is er nog reden om de gezagsontneming uit te spreken op grond van de regeling uit de *Code Civil*.<sup>139</sup>

Als de kinderrechter een maatregel tot gezagsontneming uitspreekt, gaat dit samen met een UHP van de minderjarige die wordt uitgevoerd door de *Children’s Aid Society*. De kinderrechter kan in principe geen specifieke UHP uitspreken in de zin dat bepaald wordt waar de minderjarige gaat wonen. Het is aan de plaatsende instantie overgelaten om invulling te geven aan het plaatsingsbeleid en te bepalen waar een minderjarige concreet geplaatst wordt.

Na het uitspreken van een maatregel die met een UHP van de minderjarige gepaard gaat, bestaat de wettelijke mogelijkheid om de maatregel na verloop van tijd opnieuw te toetsen en eventueel te herzien. Dit kan op verzoek van de ouders, de oudere minderjarige en soms de verzorger van de minderjarige. In sommige wetten wordt een minimale termijn gesteld: pas na bijvoorbeeld zes maanden kan een verzoek tot hernieuwde toetsing van de maatregel worden

---

136 Art. 91 (2) (b) LPJ.

137 Zie voor andere voorbeelden Boulais (1999), art. 91 (2) (b).

138 De gezagsontneming kan worden uitgesproken bij ‘*motifs graves*’ en als het belang van het kind deze maatregel rechtvaardigt; art. 606 C.c.Q.

139 Zie over het verschil tussen een gehele en gedeeltelijke gezagsontneming op grond van de *Code Civil* Bernard/Shelton (1995), module 6. Overigens is in de *Code Civil* ook bepaald dat ouders zelf onderdelen van hun ouderlijk gezag kunnen delegeren (art. 601 C.c.Q.).

ingediend.<sup>140</sup> Als de UHP voor een bepaalde termijn is uitgesproken, kan de *Children's Aid Society* voor de afloop van de duur van de maatregel een verlengingsverzoek indienen bij de kinderrechter om de UHP te verlengen. Als een permanente gezagsontneming is uitgesproken, zullen er geen verlengingszittingen meer worden gehouden. In de meeste provincies bestaat er wel een verplichting voor *Children's Aid Societies* om uithuisplaatsingen regelmatig administratief te toetsen, bijvoorbeeld telkens na twaalf maanden. In sommige provincies bestaat er ook een onafhankelijk orgaan dat de plaatsende instantie controleert en toezicht houdt op de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan de UHP van minderjarigen.<sup>141</sup>

Voor een terugplaatsing van de minderjarige naar de ouders geldt dat dit zonder rechterlijke beslissing kan plaatsvinden als een maatregel tot tijdelijke gezagsontneming afloopt. In dat geval krijgen de ouders automatisch het ouderlijk gezag terug. In Ontario hebben pleegouders die de minderjarige gedurende twee jaar hebben verzorgd en opgevoed de wettelijke garantie dat de beslissing omtrent de terugplaatsing minimaal tien dagen vóór de voorgenomen terugplaatsing aan hen kenbaar moet worden gemaakt. Zij hebben dan het recht om tegen deze beslissing bezwaar aan te tekenen bij de *Children's Aid Society*, die dit bezwaar moet afhandelen voordat de minderjarige kan worden teruggeplaatst.<sup>142</sup> Als de beslissing wordt genomen om de minderjarige terug te plaatsen voordat de termijn van UHP is verlopen, is meestal een rechterlijke uitspraak nodig.<sup>143</sup>

### 10.3 Directe rechtvaardiging bij kinderbescherming in Canada

In het voorgaande is gebleken dat het wettelijk systeem van kinderbescherming in de verschillende provincies van Canada in belangrijk opzicht onderling gelijk is. De maatregelen van kinderbescherming zijn in grote lijnen hetzelfde: naast de tijdelijke (crisis)maatregel, die een UHP of tijdelijke gedwongen hulpverlening binnen het gezin kan inhouden, bestaan de *supervision order*, de tijdelijke gezagsontneming en de permanente gezagsontneming. Een UHP van de minderjarige gaat altijd samen met een gezagsontnemende maatregel. Hierbij moet in het oog worden gehouden dat het rechtsbegrip ouderlijk gezag in het Canadese rechtssysteem een andere invulling heeft gekregen dan in het Nederlandse rechtssysteem. Eerder is ingegaan op de verschillen tussen de tijdelijke en permanente gezagsontneming. Verder is duidelijk geworden dat, hoewel Québec een uitzondering is binnen Canada voor zover dit het familierecht betreft, omdat de *Code Civil* van toepassing is, naast de kinderbeschermingswet (de LPJ) in Québec maar weinig gebruik wordt gemaakt van de toepassing van de *Code Civil* in kinderbeschermingsprocedures. Dit betekent dat het wettelijk

---

140 S. 64 (7) CFSA.

141 In Québec bestaat het *Comité de la protection de la jeunesse*, dat vergaande bevoegdheden heeft om de rechten van minderjarigen die uit huis zijn geplaatst te beschermen; in Ontario bestaat voor residentiële plaatsingen het *Residential Placement Advisory Committee* en voor klachten van ouders en minderjarigen die met een UHP te maken krijgen de *Office of Child and Family Service Advocacy*; in British Columbia bestaat de *Child and Family Review Board* voor klachten van minderjarigen die uit huis zijn geplaatst.

142 S. 61 (7) CFSA. In Alberta en Manitoba geldt dat pleegouders na een verzorgingstermijn van zes maanden bezwaar kunnen aantekenen tegen een terugplaatsing of overplaatsing van hun pleegkind.

143 Cruickshank (1991), p. 93.

systeem van kinderscherming in Québec nu in belangrijke mate vergelijkbaar is met dat van de overige provincies.

Ook wat de gerechtelijke procedure betreft zijn er onderling geen grote verschillen te constateren. De kinderschermingsprocedure in Canada is vergeleken met Nederland juridischer van aard in de zin dat de behandeling ter zitting veel meer tijd in beslag neemt en alle partijen over het algemeen door advocaten worden bijgestaan. Daarentegen is er een toenemende tendens waarneembaar naar een dejuridisering van de procedure door middel van het gebruik van kinderschermingsbemiddeling en het gebruik van vrijwillige hulpverleningscontracten. Deze contracten kunnen worden opgesteld door een hulpverlener en een gezin als ouders niet zelfstandig de weg naar vrijwillige hulpverlening weten te vinden, maar de situatie niet zo ernstig is dat een gerechtelijke procedure bij de kinderrechter moet worden gevolgd. Het specialisme kinderrechter wordt in Canada duidelijk inhoud gegeven.

Nu het wettelijk kader van kinderscherming in Canada is geschetst, zal hierna worden ingegaan op de wijze van directe rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezin ter bescherming van de minderjarige. Achtereenvolgens zullen hiertoe de rechtsgronden van de maatregelen, de wettelijke doelstellingen van de maatregelen en de manier waarop invulling wordt gegeven aan de rechterlijke motivering bij het uitspreken van een maatregel worden geanalyseerd.

### 10.3.1 Rechtsgronden van kinderschermingsmaatregelen

#### *Principles*

Het is in Canada gebruikelijk om in een kinderschermingswet een clausule op te nemen die de uitgangspunten ofwel basisprincipes van kinderscherming weergeeft. De wetgever heeft als het ware de achterliggende gedachten van de regeling wettelijk verwoord. Deze clausule kan door kinderschermingsorganisaties en kinderrechters als leidraad worden gebruikt bij het nemen van beslissingen. Soms bevat de clausule een algemene zinsnede die bepaalt dat alle beslissingen die worden genomen in het belang van het kind moeten zijn, zoals “*the paramount purpose of this Act is to promote the best interests, protection and well-being of the child.*”<sup>144</sup> Andere wetten bevatten naast deze zinsnede andere en meer gedetailleerde basisprincipes die gelden bij het toepassen van de regeling. Centrale principes die in verschillende wetten voorkomen zijn de aandacht voor de gezinsautonomie en het recht van ouders om hun kinderen op te voeden, het uitgangspunt dat bij gezinsinterventie zo licht mogelijk moet worden ingegrepen in het gezinsleven en de aandacht voor het belang van gezinsondersteuning ter preventie van de noodzaak tot het opleggen van een maatregel van kinderscherming. Ook wordt het belang van het kind wettelijk verder uitgewerkt door bijvoorbeeld voor te schrijven dat rekening moet worden gehouden met de mening van de minderjarige, dat de behoefte van het kind aan continuïteit en stabiliteit in de opvoedingssituatie moet worden gerespecteerd en dat beslissingen over minderjarigen binnen een redelijke termijn moeten worden genomen. Bij dit laatste principe dient rekening te worden gehouden met het tijdsbegrip van kinderen, dat anders is dan dat van volwassenen: “...*il faut agir*

---

144 S. 1 (1) CFSA. Zie meer algemeen over de verschillen in *statutory drafting* tussen de Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels (“*as precise as possible; the statutes go into great detail even on trivial points...*”) en de continentale rechtsstelsels Zweigert/Kötz (1998), p. 267 e.v.



*avec diligence pour assurer la protection de l'enfant, compte tenu que la notion de temps chez l'enfant est différente de celle des adultes....*<sup>145</sup> Hoewel de basisprincipes veelal gedetailleerd zijn uitgewerkt, kunnen verschillende principes elkaar tegenspreken. Zo kan het recht van een pleegkind op continuïteit en stabiliteit in strijd zijn met het recht van ouders om hun kinderen zelf te verzorgen en op te voeden. Het is dan ook moeilijk in te schatten in hoeverre de wettelijke basisprincipes in de praktijk van invloed zijn.<sup>146</sup>

### *Need of protection*

Anders dan in Nederland bestaan er in Canada geen verschillende gronden voor de verschillende maatregelen van kinderbescherming, maar geldt voor alle maatregelen een algemene grond om te bepalen of een minderjarige bescherming nodig heeft, waarna met toepassing van een uitgewerkt begrip van het belang van het kind vervolgens wordt bepaald welke specifieke maatregel in een concreet geval moet worden opgelegd. Deze manier van toetsen wordt wel aangeduid met de term *two-step procedure*: eerst moet worden vastgesteld of aan de wettelijke gronden voor het vaststellen van de noodzaak van bescherming van de minderjarige is voldaan (*need of protection*), en vervolgens dient een tweede beslissing te worden genomen, namelijk welke maatregel van kinderbescherming het meest in het belang van de minderjarige is. Voor beide toetsingsfasen van de procedure geldt dat de gronden tegenwoordig zeer gedetailleerd in de wetten zijn uitgewerkt.

De eerste fase van de toetsing van de kinderrechter over een verzoek tot een maatregel van kinderbescherming betreft derhalve de vraag of aan de wettelijke rechtsgrond is voldaan dat een minderjarige bescherming behoeft. Elke wet omschrijft in meer of minder specifieke termen wanneer een minderjarige *in need of protection* is. Als door een kinderrechter is vastgesteld dat een minderjarige bescherming nodig heeft, biedt dit een rechtvaardiging voor het opleggen van gedwongen hulpverlening in plaats van vrijwillige hulpverlening.

In de literatuur wordt wel een onderscheid gemaakt tussen twee verschillende benaderingen van het begrip *in need of protection*, namelijk de interventionistische en de non-interventionistische benadering.<sup>147</sup> De eerste benadering geeft een ruime en open wettelijke omschrijving en biedt hiermee een grote beoordelingsvrijheid, waardoor het relatief gemakkelijk is om vast te stellen dat een minderjarige bescherming behoeft. Een voorbeeld van deze benadering geeft de oude wet van British Columbia, waarin de volgende gronden waren opgenomen voor het vaststellen van *need of protection* van de minderjarige: “*that the child is.... abused or neglected so that his safety or well being is endangered, abandoned, deprived of necessary care through the death, absence, or disability of his parent, deprived of necessary medical attention, or absent from his home in circumstances that endanger his safety or well being.*”<sup>148</sup> Ook in de oude wet van Ontario waren open normen opgenomen, zoals “*unfit or improper person*” en “*a person who cannot care properly for the child.*”<sup>149</sup> Hoewel de rechts-

145 Deze bepaling is in 1994 ingevoerd: zie art. 2.4 (5) LPJ. Sommige clausules bevatten ook een specifieke bepaling over het respect voor de cultuur van de inheemse bevolking.

146 Zie voor een uitwerking van de basisprincipes (*statement of principles*) in de verschillende regelingen Barnhorst/Walter (1991), p. 18-20.

147 Zie voor een uitgebreide analyse van deze benaderingen in verschillende Canadese regelingen Barnhorst (1986).

148 S. 1 *Family and Child Service Act*.

149 S. 19 (1) (b) (v) resp. s. 19 (1) (b) (iii) *Child Welfare Act*.

gronden meer uitgebreid zijn omschreven dan in de Nederlandse wet, bestaat de rechtsgrond in deze benadering uit een aantal open normen die verschillend geïnterpreteerd kunnen worden.

In de tweede benadering, die ook wel de *'family approach'* wordt genoemd, is de discretionaire bevoegdheid juist zoveel mogelijk aan banden gelegd, zodat gezinsinterventie slechts mogelijk is als aan strikte, gedetailleerd omschreven voorwaarden is voldaan. De achterliggende gedachte van deze benadering is dat gezinnen zoveel mogelijk intact moeten worden gelaten. Overheidsinterventie ter bescherming van de minderjarige dient met voldoende wettelijke waarborgen te zijn omkleed door de rechtsgronden zo precies mogelijk te formuleren, zodat rechterlijke beslissingen inzichtelijk zijn en de precieze redenen die tot gedwongen hulpverlening leiden toetsbaar zijn. In de afgelopen decennia heeft deze laatste benadering steeds meer aandacht gekregen en zijn in bijna alle wetten de open normen gewijzigd in meer gedetailleerde normen.<sup>150</sup> Hierbij zijn de verschillende normen niet langer gerelateerd aan het gedrag van ouders, maar aan factoren die betrekking hebben op de hulpvraag en het gedrag van de minderjarige. De oorzaak van de overheidsinterventie wordt niet langer slechts in (wan)gedrag van ouders gezien, maar juist in de behoefte van de minderjarige aan bescherming. Deze behoefte moet echter wel gekoppeld zijn aan het gedrag van ouders. De verandering in normen *"should presumably focus the court's assessment on the child's well-being rather than on the broad, undefinable, necessarily subjective assessment of 'proper care' by the parent. In addition, it will make state intervention permissible only if parental conduct is causing the harm or is preventing or not contributing to the amelioration of the harm being suffered by the child."*<sup>151</sup>

De rechtsgrond voor het vaststellen van een *need of protection* van de minderjarige bestaat uit een aantal limitatief opgesomde, verschillende normen.<sup>152</sup> Als een kinderrechter oordeelt dat een minderjarige bescherming nodig heeft, zal worden aangegeven op welke norm deze beschermingsnoodzaak in casu berust. In alle wetten zijn normen opgenomen die betrekking hebben op lichamelijke, seksuele of emotionele mishandeling of verwaarlozing van de minderjarige, op de minderjarige die door zijn of haar ouders is verlaten, op het gebrek van ouders om de belangen van de minderjarige die verband houden met de gezondheid voldoende te waarborgen en op ongeschiktheid of onmacht van ouders om voor hun kind te zorgen zonder dat zij voorzieningen hebben getroffen voor het

---

150 Zo zijn in Ontario en in British Columbia in 1984 en in 1996 nieuwe regelingen in werking getreden. De in 1977 in de VS opgestelde 'ABA-Standards' (American Bar Association, Juvenile Justice Standards Project: *Standards Relating to Abuse and Neglect*), waarin kritiek werd gegeven op de vaag omschreven gronden voor overheidsinterventie, zijn van invloed geweest op de herziening van de verschillende ruim omschreven normen in de kinderbeschermingsregelgeving.

151 Wilson (1986), p. 93.

152 Zie hierover o.a. Genereux (1991), p. 55-61 en Barnhorst/Walter (1991), p. 20-22.

kind.<sup>153</sup> De beschermingsnoodzaak kan worden vastgesteld als aan één van deze voorwaarden is voldaan of als er een waarschijnlijk risico is dat aan één van de voorwaarden is voldaan. Sommige begrippen zijn in de wet zeer specifiek uitgewerkt: zo wordt bijvoorbeeld vastgesteld dat er sprake is van emotionele verwaarlozing van de minderjarige als “*the child demonstrates severe anxiety, depression, withdrawal or self-destructive or aggressive behaviour.*”<sup>154</sup> Pas als er voldoende bewijs voorhanden is, kan de kinderrechter vaststellen dat er sprake is van een *need of protection* van de minderjarige. Omdat er in de regelingen een wettelijke limitatieve lijst van factoren bestaat die deze beschermingsnoodzaak kunnen aantonen, is voor alle partijen duidelijk welke oorzaak heeft geleid tot het oordeel van de kinderrechter. Zo kan bijvoorbeeld worden vastgesteld dat een minderjarige bescherming behoeft omdat hij of zij lichamelijke schade ondervindt die is veroorzaakt door het gedrag van ouders of omdat de ouders onmachtig zijn om het wangedrag van de minderjarige in goede banen te leiden.

### *Best interests of the child*

Als een kinderrechter heeft vastgesteld dat een minderjarige *in need of protection* is, waardoor voldoende grond bestaat om een maatregel van kinderbescherming op te leggen, dient deze op grond van wat het meest in het belang van het kind is te komen tot een oordeel over de meest geschikte maatregel van kinderbescherming. Hierbij spelen ook de eerder besproken wettelijk geformuleerde uitgangspunten van de kinderbeschermingsregeling een rol. In de wettelijke regelingen is concreet uitgewerkt welke factoren een rol spelen bij het bepalen van wat het meest in het belang van de minderjarige is. Deze factoren dienen te worden afgewogen bij het nemen van een beslissing over de meest geëigende maatregel van kinderbescherming, ook wel de beslissing over de *disposition* genoemd.

De term *best interests of the child* wordt begin jaren zeventig van de vorige eeuw in de rechtspraak van de Commonwealth het uitgangspunt bij beslissingen omtrent conflicten tussen ouders. Op dat moment was deze term echter nog niet als algemeen uitgangspunt aanvaard in zaken omtrent kinderbescherming waarbij het conflict lag tussen biologische ouders en pleegouders. De angst was namelijk dat dit uitgangspunt zou kunnen leiden tot het ontnemen van het ouderlijk gezag, terwijl men er juist vanuit ging dat het in het belang van de minderjarige was om door zijn of haar ouders te worden opgevoed. Pas vanaf halverwege de jaren zeventig wordt deze zienswijze door het hoogste rechtscollege genuanceerd en krijgt het belang voor het kind van continuïteit in de verzorging

---

153 In Ontario is ook een specifieke bepaling opgenomen voor minderjarigen jonger dan twaalf jaar die op grond van de *Youth Offenders Act* niet strafrechtelijk kunnen worden veroordeeld. Er is o.a. sprake van *need of protection* als “*the child is less than twelve years old and has killed or seriously injured another person or caused serious damage to another person’s property, services or treatment are necessary to prevent a recurrence and the child’s parent or the person having charge of the child does not provide, or refuses or is unavailable to consent to, those services or treatment; the child is less than twelve years old and has on more than one occasion injured another person or caused loss or damage to another person’s property, with the encouragement of the person having charge of the child or because of that person’s failure or inability to supervise the child adequately*” (s. 37 [2] j, k CFSA).

154 S. 13 (2) CFCSA.

en opvoeding en het recht op hechting meer aandacht.<sup>155</sup> De term ‘psychologische ouders’ wordt in de rechtspraak geïntroduceerd en het primaat van het belang voor het kind van een onverstoordde hechting met ‘psychologische ouders’ (biologische ouders of pleegouders) wordt benadrukt.<sup>156</sup> De ideeën van de Amerikanen Goldstein, Freud en Solnit uit de jaren zeventig, die het belang voor elk kind van een onafgebroken stabiele emotionele relatie met een psychologische ouder voorop stellen, hebben grote invloed gehad op zowel rechtspraak als wetgeving.<sup>157</sup>

De term *best interests of the child* wordt vanaf de jaren tachtig in steeds meer provinciale wetten opgenomen. Oorspronkelijk was dit een vaag en ruim begrip dat wettelijk niet nader was omschreven, waardoor het voor vele rechterlijke interpretaties gebruikt kon worden. In de laatste decennia is in verschillende wetten meer inhoud gegeven aan dit begrip in het kader van een kinderbeschermingsprocedure, namelijk door een meer gedetailleerde omschrijving op te nemen.<sup>158</sup> De *Supreme Court* blijft daarentegen een ruim begrip van de *best interests of the child* hanteren: de niet-limitatieve gedetailleerde omschrijving van het begrip in de kinderbeschermingswetten wordt wel als leidraad gezien, maar er worden door het hoogste rechtscollege geen inhoudelijke elementen toegekend aan het begrip.<sup>159</sup>

De meeste wetten bevatten nu een niet-limitatieve lijst van factoren die door een kinderrechter in acht moeten worden genomen bij het bepalen van wat het meest in het belang is van de minderjarige.<sup>160</sup> Een aantal hoofdfactoren is te onderscheiden in de omschrijving van de *best interests of the child* in de wetten.<sup>161</sup> Aandacht moet worden geschonken aan de mening en de voorkeur van de minderjarige, aan de culturele achtergrond en identiteit van de minderjarige en aan wat de minderjarige gezien zijn individuele ontwikkelingsniveau nodig heeft. Bij dit laatste kan een hulpverleningsplan (*plan of care*) de kinderrechter informeren.<sup>162</sup> Verder moet het principe van proportionaliteit in acht worden

155 De *Supreme Court* van Canada doet begin jaren tachtig enkele belangrijke uitspraken over de *best interests of the child* in het kader van kinderbescherming: *Beson v. Director of Child Welfare for Newfoundland*, [1982] 2 S.C.R. 716; *Racine v. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87.

156 In *Racine v. Woods* (zie vorige noot); Gauthier (1990), p. 91. Zie ook Freedman (1994), p. 250-242, en Bernard/Ward/Knoppers (1992), p. 109.

157 J. Goldstein/A. Freud/A.J. Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child* (New York: The Free Press, 1973); *Before the Best Interests of the Child* (New York: The Free Press, 1979). Er is echter ook kritiek op deze theorie; zie Walter/Isenegger/Bala (1995), p. 416-418.

158 Zie over deze ontwikkeling uitgebreid Walter/Isenegger/Bala (1995), p. 369-376.

159 Zie Thompson (2000), p. 66-70. Recent heeft de *Supreme Court* op grond van de *best interests of the child* omgang tussen ouders en minderjarige toegekend ondanks het feit dat een definitieve gezagsontneming was uitgesproken en dit normaal gesproken het recht op omgang ontnemt (*New Brunswick [Minister of Health & Social Services] v. L. [M.]*, [1998] 2 S.C.R. 534). In wetgeving omtrent toewijzing van het ouderlijk gezag is de term *best interests of the child* overigens, in tegenstelling tot de kinderbeschermingswetten, juist ruim en niet nader gespecificeerd.

160 Zie bijv. s. 4 CFCSA en s. 37 (3) CFSA. In de wettelijke regeling van Québec stond tot 1994 slechts genoemd dat elke beslissing dient te worden genomen in het belang van het kind en met respect voor de rechten van het kind (art. 3 oud LPJ). In de nieuwe *Code Civil* van 1993 is echter een nieuwe definitie van het belang van het kind opgenomen: “*Consideration is given, in addition to the moral, intellectual, emotional and material needs of the child, to the child’s age, health, personality and family environment, and to other aspects of his situation*” (C.c.Q., art. 33, par. 2). N.a.v. de wetsevaluatie van de kinderbeschermingswet in 1992 (het zgn. *Jasmin Report*) is deze bepaling ook opgenomen in art. 3 LPJ.

161 Zie uitgebreid Walter/Isenegger/Bala (1995), p. 386-429; zie ook Genereux (1991), p. 71.

162 Zie over het *plan of care* ook par. 2.3.6 onder supervision order.

genomen: er dient zo licht mogelijk inbreuk te worden gemaakt op het gezinsleven van ouders en kind. De maatregel die het minst inbreuk maakt op de rechten van ouders en kind verdient dan ook de voorkeur. Bij een UHP van de minderjarige dient altijd te worden afgewogen of de minderjarige hiermee ook daadwerkelijk beter geholpen is dan als hij of zij thuis blijft wonen.

Een andere factor is het recht van de minderjarige op continuïteit in zijn of haar verzorging en opvoeding, waarbij de hechting tussen kinderen en volwassenen een belangrijke rol speelt. Als een minderjarige geen relatie kan opbouwen met een psychologische ouder of als deze relatie wordt verbroken, levert dit afhankelijk van de leeftijd en het ontwikkelingsniveau van de minderjarige schade op. Daarom dient een relatie van een minderjarige met een volwassene zoveel mogelijk te worden gewaarborgd. In de wet van British Columbia is dit als volgt omschreven: “*the quality of the relationship with a parent or other person and the effect of maintaining that relationship must be considered in determining the child’s best interests.*”<sup>163</sup> Een laatste factor ter vaststelling van wat het meest in het belang van de minderjarige is, betreft het voorkomen van vertraging in de besluitvorming omtrent minderjarigen. Hoe jonger het kind is, hoe sneller definitieve beslissingen dienen te worden genomen omtrent het toekomstperspectief van het kind. Dit hangt samen met de vorige factor, namelijk het belang van hechting voor minderjarigen bij een stabiele relatie met een volwassene. Voor jonge kinderen geldt dat de inbreuk op deze relatie sneller, dat wil zeggen na een kortere onderbreking van de relatie, schade oplevert.

Deze af te wegen factoren dwingen hulpverleners en kinderrechters om de doelstelling van de maatregel te concretiseren. De vraag wat precies moet worden bereikt met het opleggen van een maatregel van kinderbescherming, kan door middel van het concretiseren van de verschillende factoren die in acht moeten worden genomen bij het bepalen van wat het meest in het belang van het kind is inhoud worden gegeven. Toch staat men wel sceptisch tegenover de niet-limitatieve opsomming van factoren die de term *best interests of the child* inhoud geven.<sup>164</sup> Hoewel deze opsomming enig houvast geeft, is het immers onmogelijk om met voldoende precisie te formuleren wat in een concreet geval het meest in het belang van het kind is. Een goede inschatting van het belang van het kind vereist een toekomstvoorspelling voor de minderjarige die kinderrechters nooit volledig kunnen maken omdat er altijd sprake is van een speculatief element. Ook zal er altijd enige subjectiviteit om de hoek komen kijken als een kinderrechter in een concrete zaak moet beslissen over het belang van het kind. Tenslotte bestaan er geen richtlijnen die bepalen welke factor voorrang heeft bij het vaststellen van wat het meest in het belang van het kind is. Zo zal er bij pleeggezinplaatsingen veelal strijd zijn tussen het belang van de minderjarige om door zijn biologische ouders te worden opgevoed en het recht van de minderjarige op continuïteit in de verzorging en opvoeding. Een kinderrechter dient dan toch een keuze te maken tussen de verschillende factoren die in acht moeten worden genomen bij het bepalen van het belang van de minderjarige. De wettelijk omschreven normen die onderdeel uitmaken van wat het meest in het belang

---

163 S. 4 (1) (d) CFCSA. Zie over hechting verder par. 3.2.2.

164 Walter/Isenegger/Bala (1995), p. 376-383; Bernard/Ward/Knoppers (1992), p. 147-149; Barnhorst (1986), p. 271-272.

van het kind is, kunnen echter wel een bijdrage leveren aan het meer operationaliseren van deze weinig concrete formulering.<sup>165</sup>

### *Rechtsgrond bij verlenging maatregel*

Belanghebbenden kunnen op grond van gewijzigde omstandigheden verzoeken om een wijziging of intrekking van de door de kinderrechter opgelegde maatregel van kinderbescherming. In dat geval speelt de vraag aan welke rechtsgrond de kinderrechter dient te toetsen bij een beslissing omtrent de herziening van de maatregel.<sup>166</sup> Als de kinderrechter oordeelt dat inderdaad sprake is van gewijzigde omstandigheden, kan deze de maatregel opheffen, de duur van de maatregel verkorten, de voorwaarden bij de maatregel wijzigen of een andere maatregel opleggen. De kinderrechter is hiertoe bevoegd onder inachtneming van het belang van het kind.<sup>167</sup> Hoe dient een kinderrechter te oordelen als de thuissituatie van de ouders is verbeterd en er daarom niet voldoende grond meer is om te oordelen dat een kind bescherming behoeft, terwijl het niet in het belang van de minderjarige is om uit de veilige en stabiele omgeving van pleegouders te worden weggehaald?

De *Supreme Court* heeft deze vraag in 1994 beantwoord.<sup>168</sup> In deze zaak gaat het om een vijfjarig meisje dat sinds drie jaar in een pleeggezin woont. De reden van de UHP is dat de moeder psychiatrische problemen heeft. Moeder heeft wel regelmatig omgang met haar dochter. Als de situatie van moeder is gestabiliseerd wil zij haar dochtertje terug, terwijl deze nu juist is gehecht in haar pleeggezin. Moeder voert bij de kinderrechter aan dat er niet langer voldoende grond bestaat voor de pleeggezinplaatsing van haar dochter. Uiteindelijk beslist de *Supreme Court* dat bij een verzoek tot herziening van een maatregel de kinderrechter een beslissing dient te nemen die in het belang is van de minderjarige. Bij het beslissen over de vraag of er voldoende grond is voor een maatregel (namelijk als sprake is van een *need of protection*) gaat het bij een herzieningsverzoek niet zozeer om de capaciteiten van ouders, maar om wat het meest in het belang van het kind is. “...A consideration of the best interests of the child is an important and, in the final analysis, a determining element of the decision as to the need of protection”<sup>169</sup>, aldus de *Supreme Court*. Het gaat er niet om dat opnieuw eenzelfde rechterlijke beslissing moet worden genomen over de vraag of één van de factoren die tot een *need of protection* leiden is bewezen. Een kinderrechter dient bij een beslissing over een verzoek tot herziening van de maatregel te oordelen wat het meest in het belang van het kind is, waarbij bovengenoemde factoren in acht moeten worden gehouden.

---

165 Ook in Engeland is in de *Children's Act* van 1989 een niet-limitatieve lijst met factoren opgenomen van *the child's welfare* (s.1 [3] *Children's Act*), met als bedoeling “to provide a means by which greater homogeneity can be achieved in exercising the court's undoubtedly wide discretion in determining what is best for the child”; zie Lowe/Douglas (1998), p. 336.

166 Zie over de *status review* Freedman (1994), p. 226-232.

167 S. 65 (1) CFSA; s. 57 (3) CFCSA.

168 *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165; zie ook Freedman (1994), p. 226-232.

169 Zie M. (C.), vorige noot, r.o. 338.

### 10.3.2 Doelstelling kinderbeschermingsmaatregelen

#### 10.3.2.1 Wetswijzigingen

In de jaren tachtig en negentig van de afgelopen eeuw zijn alle Canadese kinderbeschermings-wetten herzien. Hierbij is een trend waarneembaar naar een toenemende aandacht voor het behoud van gezinnen zonder dat minderjarigen uit huis worden geplaatst. Deze ontwikkeling is een reactie op de wetten die tot die tijd golden en gezinsinterventie ter bescherming van de minderjarige eenvoudig maakten door de geldende ruime en open normen voor het opleggen van een maatregel van kinderbescherming, waardoor er een grote beoordelingsvrijheid bestond en veel minderjarigen gedurende een lange periode uit huis werden geplaatst. De gedachte hierachter was dat de maatschappij een verantwoordelijkheid heeft voor kinderen als ouders deze verantwoordelijkheid niet meer kunnen uitoefenen en daarom ter bescherming van de minderjarige indien nodig snel moeten kunnen ingrijpen. Er ontstaat echter meer bezorgdheid over de resultaten van een UHP voor minderjarigen.<sup>170</sup> Er komt dan ook steeds meer aandacht voor het belang van 'biologische families' voor kinderen. Verder groeit het inzicht dat de meest efficiënte manier voor de overheid om minderjarigen te beschermen het bieden van gezinsondersteuning is, waarbij de nadruk op preventie ligt, en niet zozeer op het bieden van hulp aan de minderjarige buiten het gezin.<sup>171</sup> Dit leidt vervolgens tot wetswijzigingen in heel Canada, gebaseerd op een non-interventionistische grondslag. Hierbij worden ook organisaties opgericht die gezinnen die met kinderbescherming te maken krijgen juridisch kunnen ondersteunen en hun belangen kunnen behartigen. Zo ontstaan er in enkele provincies organisaties die een ombudsfunctie voor minderjarigen vervullen.<sup>172</sup>

De wetswijzigingen leiden tot een verduidelijking van doelstellingen van de wet, die (zoals eerder is besproken) zijn opgenomen in een wetsartikel dat de uitgangspunten van de wet weergeeft. Ook worden de gronden voor het opleggen van een maatregel van kinderbescherming herzien. De verschillende normen voor het vaststellen van *need of protection* van de minderjarige en de verschillende factoren die in acht moeten worden genomen bij het bepalen van wat het meest in het belang van de minderjarige is, worden verscherpt en uitgebreid. Hiermee wordt in de wetten benadrukt dat als blijkt dat een minderjarige bescherming nodig heeft, gezinnen zoveel mogelijk intact moeten blijven en het de voorkeur verdient dat er hulp binnen het gezin wordt geboden. Het belang van de minderjarige staat voorop en de gronden voor het vaststellen van de beschermingsnoodzaak zijn dan ook minder gericht op capaciteiten van ouders en meer gericht op de behoefte aan bescherming van de minderjarige. In principe is

---

170 McCall (1990), p. 348.

171 Deze ontwikkeling is ook waarneembaar in andere landen met een vergelijkbaar sociaal en cultureel milieu, zoals Engeland, Nieuw-Zeeland en enkele Amerikaanse staten; zie Durie/Armitage (1995), p. 4. Zie over Engeland ook Hall (1998), p.131-133.

172 In Québec wordt bijv. al in 1978 de *Commission de la protection de la jeunesse* opgericht, die ruime bevoegdheden heeft ter bescherming van de rechten van kinderen die met kinderbescherming te maken krijgen. In Ontario wordt in 1984 de *Office of Child and Family Service Advocacy* opgericht, die zich bezig houdt met klachten van uithuisgeplaatste minderjarigen en hun ouders. In Alberta wordt in 1989 de *Children's Advocate* ingevoerd, die als een provinciale ombudsman voor minderjarigen fungeert. Ook in British Columbia wordt in 1996 een ombudsman voor minderjarigen, nl. de *Children's Commissioner*, aangesteld en een nieuw en innovatief *Ministry for Children and Families* opgericht.

het in het belang van de minderjarige om door de eigen ouders te worden opgevoed. Als dit echter niet haalbaar is, prevaleert het recht van de minderjarige op een stabiele opvoedingssituatie en kan dit ertoe leiden dat de minderjarige permanent uit huis wordt geplaatst. Er lijkt in de nieuwe wetten tegelijkertijd sprake te zijn van juridisering in de zin dat het gezien de duidelijker geformuleerde gronden moeilijker wordt om een maatregel op te leggen ter bescherming van het kind, als van dejuridisering in de zin dat een maatregel van kinderbescherming zoveel mogelijk dient te worden voorkomen en zo licht mogelijk dient te worden ingegrepen in het gezinsleven, waarbij ouders zoveel mogelijk betrokken moeten blijven en verantwoordelijkheid dienen te behouden.

#### *10.3.2.2 Permanency planning*

Het recht van een minderjarige op een duurzame emotionele hechtings- en opvoedingsrelatie met zijn opvoeder is een cruciale voorwaarde voor zijn persoonlijkheidsontwikkeling. Dit recht heeft de afgelopen decennia in Canada steeds meer aandacht gekregen en is ook als onderdeel van de wettelijke definitie van het belang van het kind opgenomen.<sup>173</sup> Als een gehechtheidsrelatie tussen kind en opvoeder wordt onderbroken of verbroken, kan dit ernstige schade opleveren voor de minderjarige. In Canada is de huidige belangrijkste doelstelling bij het wettelijk beschermen van minderjarigen dan ook het garanderen van een stabiele en duurzame emotionele relatie voor elk kind met een volwassene. Dit wordt ook wel met de term *permanency planning* aangeduid: bij een gezinsinterventie ter bescherming van een minderjarige dient de overheid het recht van een kind op een stabiele hechtings- en opvoedingsrelatie zoveel mogelijk te respecteren en te garanderen. Hieronder worden twee facetten van *permanency planning* besproken die een rol spelen in de huidige regelgeving met betrekking tot kinderbescherming.

#### *Family preservation*

Het recht van een minderjarige op een stabiele opvoedingsrelatie met een volwassene betekent in principe dat het gezin waar de minderjarige deel van uitmaakt voor zover mogelijk intact moet blijven. Het eerste en belangrijkste uitgangspunt bij *permanency planning* is dat een minderjarige slechts uit huis dient te worden geplaatst als geen enkel alternatief meer mogelijk is. Ouders dienen hun kind zelf op te voeden, tenzij dit voor het kind zoveel schade oplevert dat een UHP noodzakelijk is.

Dit principe is ook geformuleerd in de *principles* van de wet. Zo staat in de wet van Ontario dat als wettelijk uitgangspunt geldt: “*to recognize that while parents may need help in the caring for their children, that help should give support to the autonomy and integrity of the family unit and, wherever possible, be provided on the basis of mutual consent*” en geldt in British Columbia dat “*a family is the preferred environment for the care and upbringing of children and the responsibility for the protection of children rests primarily with the pa-*

---

173 Ook in de VS valt een grote aandacht te constateren voor *permanency for children*, waarvan de federale wettelijke oorsprong wel wordt gezien in de *Adoption Assistance and Child Welfare Act of 1980*. De federale *Adoption and Safe Families Act* van 1997 biedt een nieuw wettelijk stelsel dat uitgaat van veiligheid, stabiliteit en snelle beslissingen voor minderjarigen en heeft geleid tot wetsherzieningen in het gehele land; zie hierover Herring (2000). De onlangs door het *Department of Health and Human Services* uitgebrachte *Guidelines* (1999, zie ook noot 61, 97 en 110) biedt de staten een uitgebreide leidraad voor het wettelijk implementeren van *permanency planning* voor kinderen.



rents.”<sup>174</sup> Het garanderen van behoud van het gezinsleven van ouders en kind dient gepaard te gaan met een aanbod van de overheid tot gezinsondersteunende hulpverlening ter preventie van een UHP van de minderjarige.

Als ouders de weg naar vrijwillige hulpverlening zelf niet vinden en zij in een kinderbeschermingsprocedure terechtkomen, zijn verschillende wettelijke mogelijkheden ingevoerd om een maatregel van kinderbescherming tegen te gaan. Zoals eerder besproken is een recente ontwikkeling dat steeds meer gebruik wordt gemaakt van vrijwillige hulpverleningscontracten en van kinderbeschermingsbemiddeling. Dit zijn methoden om zoveel mogelijk verantwoordelijkheid over de opvoeding van de minderjarige bij ouders te laten en ouders te betrekken bij het zoeken naar oplossingen voor hun kind, zelfs als duidelijk is dat hulpverlening moet worden gestart om de minderjarige te beschermen.

Mocht een UHP toch noodzakelijk zijn om een minderjarige adequaat te beschermen, dan vloeit uit het primaat van gezinsbehoud als hoofdprincipe van *permanency planning* het vereiste voort dat als plaatsing van de minderjarige binnen het gezinsnetwerk mogelijk is, dit de voorkeur verdient. Familieleden kunnen een belangrijke opvangfunctie hebben als een kind in het gezin niet voldoende beschermd kan worden. Daarom staat in de wet van British Columbia als wettelijk uitgangspunt genoemd dat “...a child’s attachment to the extended family should be preserved if possible” en is in Ontario een voorwaarde voor het opleggen van een maatregel tot tijdelijke gezagsontneming dat “*permanent placement in a family setting has not been planned or is not possible*.”<sup>175</sup> Netwerkplaatsingen hebben de wettelijke voorkeur omdat de minderjarige zo binnen de directe eigen leefomgeving blijft en de opvoedingsstabiliteit daarom beter wordt gegarandeerd dan bij een UHP van de minderjarige buiten het netwerk van het gezin.<sup>176</sup>

Een UHP dient in deze visie in principe van tijdelijke aard te zijn en dient zo kort mogelijk te duren. Het doel van de gezinsinterventie blijft namelijk het bijstaan van ouders in de opvoeding van hun kind en het garanderen van een opvoedingssituatie van de minderjarige in het eigen gezin. De tijdelijke UHP dient gepaard te gaan met een voldoende hulpverleningsaanbod, dat het voor ouders mogelijk maakt om binnen voorzienbare tijd weer zelf met de opvoeding van hun kind te worden belast. Intensieve, kortdurende hulpverlening aan ouders en kind is een noodzakelijke voorwaarde. Verder is het van belang dat ouders en minderjarigen gedurende de tijdelijke UHP voldoende omgang met elkaar hebben.<sup>177</sup>

---

174 S. 1 (2) (1) CFSA; s. 2 (b) CFCSA. Zie ook art. 4 LPJ, ingevoerd n.a.v. het *Jasmin Report* (1994), waarin is benadrukt dat ouders en kinderen zoveel mogelijk bij elkaar moeten blijven en dat alles in het werk moet worden gesteld om hen te helpen in hun eigen omgeving. In Ontario heeft onderzoek aangetoond dat, hoewel er een toename van 160% is van het aantal gezinnen dat met een *Children’s Aid Society* in aanraking komt, er een afname van 80% van het aantal uithuisgeplaatste minderjarigen valt te constateren. Deze resultaten bevestigen de gedachte van het zo licht mogelijk ingrijpen en het zoveel mogelijk intact laten van gezinnen; zie Freedman (1994), p. 245.

175 S. 2 (e) CFCSA; s. 59 (2) (a) CFSA.

176 In het *Jasmin Report* uit 1994 (wetsevaluatie van de LPJ in Québec) wordt dan ook als aanbeveling gedaan dat vaker gebruik zou moeten worden gemaakt van een plaatsing van de minderjarige bij andere familieleden (p. 81-82).

177 Zie Walter/Isenegger/Bala (1995), p. 419-421; Bernard/Ward/Knoppers (1992), p. 100-108.

### *Time limits*

Ondanks het streven naar gezinsbehoud en het voornemen om een minderjarige slechts gedurende een korte periode uit huis te plaatsen, waarbij alle hulpverlening gericht is op het zo snel mogelijk doen terugkeren van het kind naar de ouders, kan het voorkomen dat dit voornemen in een concreet geval in de praktijk niet haalbaar is. Omdat het voor een minderjarige schadelijk wordt geacht om te lang in onzekerheid te leven omtrent zijn toekomstperspectief, breekt er een moment aan waarop een beslissing moet worden genomen over de vraag of het doel van de hulpverlening gericht blijft op terugplaatsing van de minderjarige naar de ouders of naar het garanderen van een nieuwe stabiele hechtings- en opvoedingsrelatie voor het kind. Bij deze beslissing speelt een aantal factoren een rol: is een minderjarige geplaatst in een pleeggezin waar een nieuwe opvoedingsrelatie kan worden aangegaan, hoe schadelijk is de UHP voor de minderjarige en is de minderjarige in staat om een nieuwe opvoedingsrelatie aan te gaan met een volwassene?<sup>178</sup> De leeftijd van de minderjarige is in belangrijke mate bepalend voor het beantwoorden van deze vragen. Hoe jonger het kind, hoe sneller het schade kan ondervinden van een onderbreking of verbreking van de gehechtheidsrelatie met ouders en hoe sneller het zich kan hechten aan een nieuwe volwassene. De beslissing over de vraag wanneer sprake is van een situatie waarin het niet langer gaat om een tijdelijke UHP van een minderjarige en waarin de doelstelling van gezinsbehoud niet langer samenvalt met de doelstelling van het garanderen van een stabiele leefomgeving voor het kind, is onlosmakelijk verbonden met de vraag of een minderjarige een nieuwe gehechtheidsrelatie is aangegaan. Is dit het geval, dan zou het verbreken van deze nieuwe relatie voor een kind nog meer schade aanrichten. Dan dient in het perspectief van *permanency planning* de primaire doelstelling niet langer het gezinsbehoud en de terugplaatsing van de minderjarige te zijn, maar dient de nieuwe opvoedingssituatie van de minderjarige veilig te worden gesteld.

Hoewel in de uitgangspunten van de wet is geformuleerd dat de opvoeding van een minderjarige in het eigen gezin de voorkeur verdient en dat alles in het werk moet worden gesteld om te voorkomen dat ouders en kinderen worden gescheiden, is in de wettelijke definitie van het belang van het kind behalve het primaat van het eigen gezin ook de doelstelling van het garanderen van een nieuwe stabiele leefomgeving uitgewerkt. Een van de factoren om te bepalen wat het meest in het belang is van de minderjarige is in Ontario "*the importance of continuity in the child's care and the possible effect on the child of disruption of that continuity.*"<sup>179</sup> In Québec geldt voor de minderjarige dat, "*...si le retour dans son milieu familial n'est pas possible, la décision doit tendre à lui assurer la continuité des soins et la stabilité des conditions de vie appropriées à ses besoins et à son âge et se rapprochant le plus d'un milieu familial normal.*"<sup>180</sup> Een andere uitwerking die hiermee samenhangt en die in enkele wetten te vinden is, betreft de aandacht voor het tijdsbesef van kinderen dat anders is dan dat van volwassenen en dat snelle beslissingen vereist. Hoe jonger het kind is, hoe korter de UHP kan duren zonder schade aan het kind te berokkenen. Daarom wordt in de meeste wetten het nemen van snelle beslissingen als factor genoemd

---

178 Walter/Isenegger/Bala (1995), p. 421.

179 S. 37 (3) (7) CFSA.

180 Art. 4 LPJ. Dat het recht van een minderjarige op bescherming prevaleert, blijkt ook uit art. 39 van de Charter van Québec: "*Tout enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner.*"

om te bepalen wat het meest in het belang van het kind is: “*the effect on the child if there is delay in making a decision.*”<sup>181</sup>

Het uitgangspunt dat hoe jonger het kind is, hoe sneller er een beslissing dient te worden genomen over het toekomstperspectief van het kind, heeft geleid tot het invoeren van tijdslimieten voor de maximale duur van de maatregelen van kinderbescherming. Op deze manier worden kinderrechters en hulpverleners sneller gedwongen om moeilijke beslissingen te nemen over de toekomst van een minderjarige.<sup>182</sup> Zoals eerder is genoemd, gelden voor het gebruik van vrijwillige hulpverleningscontracten in sommige provincies tijdslimieten voor de maximale duur, variërend van één tot twee jaar. Ook voor de maatregel van tijdelijke gezagsontneming gelden maximale termijnen voor de totale duur van de maatregel. Zo kan in Ontario een maatregel van tijdelijke gezagsontneming maximaal twee keer twaalf maanden duren; binnen vierentwintig maanden moet een beslissing worden genomen over het toekomstperspectief van de minderjarige in de zin dat duidelijk moet zijn waar de minderjarige verder zal worden opgevoed. Er dient binnen deze termijn een terugplaatsing van de minderjarige naar zijn ouders te volgen (eventueel met een *supervision order*) of een maatregel tot permanente gezagsontneming te worden uitgesproken.<sup>183</sup>

Sommige provincies maken bij het hanteren van maximale termijnen voor een maatregel van tijdelijke gezagsontneming een onderscheid tussen verschillende leeftijdscategorieën om het tijdsbegrip van minderjarigen invulling te geven en te benadrukken dat hoe jonger het kind is, hoe korter de UHP kan duren zonder dat dit schade voor het kind oplevert. In British Columbia geldt dat voor kinderen die jonger dan vijf jaar zijn een maximale totale duur in de wet is opgenomen van twaalf maanden. Voor minderjarigen tussen de vijf en de twaalf jaar geldt een maximale totale duur van achttien maanden en voor minderjarigen tussen de twaalf en achttien jaar geldt een maximale totale duur van vierentwintig maanden.<sup>184</sup> Binnen deze termijnen dient een *permanency planning decision* te worden genomen: wordt de minderjarige door de ouders of door de nieuwe verzorgers opgevoed? De absolute tijdslimieten maken deze keuze door de kinderrechter en de hulpverleners op een in de wet bepaald moment noodzakelijk.

Onlangs zijn de wettelijke maximale termijnen voor tijdelijke beslissingen over minderjarigen in Ontario aangescherpt.<sup>185</sup> Voor zowel een vrijwillige hulpverleningsovereenkomst waarbij het gezag tijdelijk wordt overgedragen als voor een tijdelijke (gedwongen) gezagsontneming geldt sinds 31 maart 2000 dat de maximale termijn voor kinderen jonger dan zes jaar twaalf maanden is. Voor minderjarigen vanaf zes jaar geldt een maximale termijn van vierentwintig maanden voor een tijdelijke gezagsontneming of een tijdelijke gezagsoverdracht. Deze strikte wettelijke voorwaarde is nog eens verscherpt door de inwerkingtreding van de regel dat de termijn cumulatief wordt bepaald over een periode van de afgelopen vijf jaar. Deze regel geldt in geen enkele andere Cana-

---

181 S. 4 (1) (g) CFCSA; zie ook s. 37 (3) (10) CFSA en art. 2.4 sub 5 LPJ (ingevoerd naar aanleiding van het *Jasmin Report* uit 1994).

182 Barnhorst/Walter (1991), p. 29.

183 De *permanency planning* gedachte gaat soms zo ver dat als doelstelling van een permanente gezagsontneming het belang van de minderjarige op adoptie wordt gezien, waarbij alle banden met de oorspronkelijke ouders worden doorbroken; zie Freedman (1994), p. 243.

184 S. 45 CFCSA. Ook in bijv. Yukon, Nova Scotia en Manitoba worden leeftijdsgrenzen gehanteerd bij het bepalen van de maximale totale duur van een tijdelijke gezagsontneming.

185 S. 70 CFSA.

dese provincie. Is er derhalve sprake van een tijdelijke gezagsontneming en is het gezag over de minderjarige binnen vijf jaar al eerder tijdelijk ontnomen of vrijwillig overgedragen, dan dient de termijn waarvoor dit gold te worden opgeteld bij de nieuwe termijn van tijdelijke gezagsontneming. De maximale termijn van twaalf maanden voor jonge kinderen mag in het belang van het kind met maximaal zes maanden worden verlengd.<sup>186</sup> Desondanks zal, juist vanwege de nieuwe regel die de optelling van gezagsontneming over de laatste vijf jaar voorschrijft, de periode waarin kan worden gewerkt aan een thuisplaatsing van het kind zeer beperkt zijn.<sup>187</sup>

#### 10.3.2.3 Concretisering van specifieke doelstelling

Het wettelijke uitgangspunt van *permanency planning* voor een minderjarige maakt inzichtelijk welke richting in principe wordt gevolgd bij het opleggen van een maatregel van kinderbescherming (*family preservation*) en wanneer er een nieuwe weg moet worden ingeslagen in verband met het veilig stellen van een nieuwe opvoedingsrelatie tussen de minderjarige en zijn of haar dagelijkse verzorger. Naast deze meer algemene doelstelling bij de toepassing van een kinderbeschermingsmaatregel zijn op grond van het Canadese systeem van kinderbescherming in een specifieke gezinssituatie ook meer concrete doelstellingen te onderscheiden. Een aantal eerder besproken aspecten van het kinderbeschermingsstelsel leidt ertoe dat de concrete doelstellingen van een maatregel in een specifieke situatie worden benoemd en voor betrokkenen inzichtelijk worden.

Allereerst geeft de concrete rechtsgrond die een maatregel noodzakelijk maakt een duidelijke indicatie van de oorzaak van de overheidsinterventie in het gezin. Bij het opleggen van een maatregel wordt gespecificeerd welke van de limitatief opgesomde normen die leiden tot een beschermingsnoodzaak (*need of protection*) voor de minderjarige in een specifieke situatie van toepassing is. Dit geeft betrokkenen een duidelijke reden voor het opleggen van een maatregel. Meer nog dan het vaststellen van de beschermingsnoodzaak geldt het vereiste dat de maatregel in het belang van het kind moet worden opgelegd als concrete aanwijzing van de doelstelling van een kinderbeschermingsmaatregel. Een kinderrechter dient, nadat is vastgesteld dat sprake is van *need of protection*, te beslissen over de noodzaak van een op te leggen maatregel van kinderbescherming. Hierbij moet worden geoordeeld over de vraag welke maatregel het meest in het belang is van de minderjarige. Bij de keuze tussen de verschillende maatregelen van kinderbescherming zal, met inachtneming van de verschillende wettelijke niet-limitatieve factoren van de *best interests of the child*, duidelijk gemaakt moeten worden waarom een bepaalde maatregel het meest in het belang is van de minderjarige.

Het onderscheid tussen de maatregel waarbij de minderjarige bij de ouders of in het directe netwerk van het gezin blijft wonen en de maatregelen van tijdelijke of permanente gezagsontneming verduidelijkt de doelstelling van de maatregel. Als een *supervision order* wordt uitgesproken, wordt de minderjarige niet uit de eigen omgeving geplaatst en is de doelstelling dan ook het bieden van

---

186 S. 70 (4) CFSA.

187 Bala (1999) pleit dan ook voor een flexibele toepassing van deze nieuwe regeling, die uitzonderingen op de maximale termijn mogelijk moet maken. Zelfs in de VS, waar in veel staten ook een cumulatieve maximale termijn geldt voor tijdelijke maatregelen, zijn de termijnen niet “*as draconian as the Ontario provision*” (p. 154).

hulp aan minderjarige en ouders om er voor te zorgen dat het gezin intact blijft en ouders zelf verantwoordelijk kunnen blijven voor de opvoeding van hun kind. De voorwaarden die door de kinderrechter kunnen worden opgelegd bij een *supervision order* maken het voor de ouders en de minderjarige inzichtelijk waar zij aan moeten werken om de beschermingsnoodzaak voor de minderjarige weg te nemen. Een tijdelijke gezagsontneming gaat altijd gepaard met een UHP van de minderjarige, maar hierbij dient het recht van een kind op een stabiele opvoedingssituatie in acht te worden genomen. Daarom is de tijdelijke gezagsontneming maar voor een maximale totale tijdsduur mogelijk en dient binnen deze termijn alles in het werk te worden gesteld om de minderjarige weer terug te plaatsen bij de ouders. Als dit niet haalbaar blijkt, is de maatregel tot permanente gezagsontneming het meest geschikt, omdat dan de nieuwe opvoedingsrelatie van de minderjarige veilig moet worden gesteld. Er zal niet meer gewerkt worden aan een terugplaatsing van de minderjarige naar de ouders, maar juist aan het begeleiden van de minderjarige in de nieuwe omgeving, waarin ouders nauwelijks of geen verantwoordelijkheid meer hebben voor hun kind. De wettelijk bepaalde maximale duur voor de verschillende maatregelen geeft de betrokkenen duidelijkheid over het verloop van de maatregel en de termijn waarbinnen verbetering moet zijn opgetreden, zodat de maatregel kan worden opgeheven, niet verlengd hoeft te worden of geen meer ingrijpende maatregel hoeft te worden uitgesproken.

Een vooraf opgesteld hulpverleningsplan dat tijdens de zitting wordt besproken kan ook bijdragen aan de concretisering van de doelstellingen bij het uitspreken van een maatregel van kinderbescherming. Aangezien de *Children's Aid Societies* zowel belast zijn met de voorbereiding als met de uitvoering van de maatregel, is het mogelijk om, voordat een maatregel van kinderbescherming wordt opgelegd, een hulpverleningsplan op te stellen dat vervolgens wordt besproken op de zitting en de leidraad vormt tijdens de uitvoering van de maatregel. Aan betrokkenen, in de eerste plaats de ouders en de minderjarige, wordt zo al in een vroeg stadium duidelijk gemaakt wat de na te streven doelen zijn bij de gezinsinterventie. Tijdens de zitting kunnen partijen van gedachten wisselen over het hulpverleningsplan. Enkele provincies schrijven wettelijk voor dat een *plan of care* noodzakelijk is bij het indienen van een verzoek tot een maatregel van kinderbescherming. In Ontario is zelfs wettelijk bepaald dat in het hulpverleningsplan moet worden opgenomen welke criteria door de *Children's Aid Society* zullen worden gehanteerd om te bepalen of gedwongen hulpverlening nog nodig is en moet een schatting worden gegeven van de tijd die nodig is om de doelstellingen van de interventie te bereiken.<sup>188</sup> De kinderrechter is verplicht om over het hulpverleningsplan te oordelen voordat hij kan beslissen tot het opleggen van een maatregel van kinderbescherming. Het vooraf opgestelde hulpverleningsplan dat tijdens de zitting wordt besproken leidt tot een oplossingsgericht in plaats van een probleemgericht denken bij het oordelen over een verzoek tot een kinderbeschermingsmaatregel. Verder biedt dit een kinderrechter meer aanknopingspunten bij het oordelen over een verzoek tot herziening van de maatregel. Als duidelijk kan worden aangetoond dat een belangrijk element uit het hulpverleningsplan niet is uitgevoerd door de *Children's Aid Society*, is dit in Ontario zelfs een grond om binnen zes maanden een herzieningsverzoek in te dienen.<sup>189</sup> De concreet geformuleerde doelstellingen in een specifieke

---

188 S. 56 CFSA; zie over het *plan of care* ook par. 10.2.3.6 onder supervision order.

189 S. 64 (8) (b) CFSA.

gezinssituatie kunnen betrokkenen houvast bieden en geven een duidelijke directe rechtvaardiging van de overheidsinterventie in het gezinsleven.<sup>190</sup>

In Québec geldt als bijzondere regel dat ouders en minderjarigen bij elke toepassing van de kinderbeschermingswet een beschrijving moeten ontvangen van de middelen die zullen worden ingezet ter bescherming van de minderjarige en die dienen om de gezinssituatie te herstellen.<sup>191</sup> Hierbij is voorgeschreven dat de verschillende fasen moeten worden aangegeven die in de hulpverlening dienen te worden gevolgd om de overheidsinterventie op grond van de kinderbeschermingswet te beëindigen. Deze regeling schept de verplichting voor hulpverleners en kinderrechtters om oplossingsgericht te denken en stimuleert een concretisering van de doelstelling bij het opleggen van een kinderbeschermingsmaatregel.

Een bijzondere doelgroep bij kinderbescherming is, behalve de groep jonge kinderen voor wie het van groot belang is om op korte termijn duidelijkheid te hebben over hun toekomstperspectief, de groep adolescenten. Voor deze groep geldt dat het werken aan gezinsbehoud of gezinshereniging vaak geen haalbare optie is en dat de doelstelling bij het bieden van hulp juist het bijstaan van de jongere is bij het groeien naar zelfstandigheid. In Ontario geldt dat een minderjarige jonger dan zestien jaar moet zijn om in aanmerking te komen voor een maatregel van kinderbescherming.<sup>192</sup> Minderjarigen in de leeftijd van zestien of zeventien jaar kunnen wel zelfstandig een hulpverleningsovereenkomst (*voluntary care agreement*) aangaan met de *Children's Aid Society*.<sup>193</sup> In British Columbia is zeer recent een soortgelijke wettelijke vorm van hulpverlening aan adolescenten in werking getreden. Sinds 31 maart 2000 is het voor jongeren in de leeftijd van zestien tot negentien jaar in de gehele provincie mogelijk om met het *Ministry of Children and Families* een hulpverleningscontract te sluiten, een zogenaamde *youth agreement*.<sup>194</sup> Er geldt een aantal voorwaarden voor het aangaan van een *youth agreement*. Het moet gaan om een jongere die niet meer bij zijn ouders kan wonen of geen ouders of verzorgers heeft die hem of haar willen bijstaan. Verder moet bij de jongere sprake zijn van serieuze gedragsproblemen of psychische problemen, van drugsverslaving, betrokkenheid in de sekshandel of van spijbelgedrag dat samengaat met zwerfgedrag. Het contract moet een *plan for independence* bevatten dat in elk geval een beschrijving geeft van de “*residential, educational or other support services or financial assistance and the goals to be met by the youth*.”<sup>195</sup> Het vrijwillige hulpverleningscontract dient kortom inhoudelijk aan te geven aan welke doelstelling(en) de jongere moet werken. Zowel de wettelijke voorwaarden als de wettelijk verplichte onderdelen van het hulpverleningsplan maken de doelstelling voor deze doelgroep (adolescenten) helder en concreet. Voor ouders is duidelijk dat er niet zal worden ge-

---

190 Zie over het belang van een *plan of care* in verband met het informeren van de kinderrechtter, het inschatten van de haalbaarheid van de doelstellingen, het inzicht bieden aan ouders en minderjarigen over wat hen te wachten staat en de concrete toetsing van de uitvoering van de maatregel bij een verzoek tot herziening Walter/Isenegger/Bala (1995), p. 432-433; Barnhorst (1986), p. 275-276.

191 Art. 5 LPJ; zie ook Boulais (1999), art. 5.

192 S. 37 (1) CFSA.

193 Zij moeten dan wel een *special need* (“*a need that is related to or caused by a behavioural, developmental, emotional, physical, mental or other handicap*”) hebben; s. 31 (1) CFSA.

194 S. 12.2 CFCSA, ingevoerd bij wetsherziening van 1999.

195 S. 12.2 (3) CFCSA.

werkt aan een terugplaatsing, maar juist aan een begeleiding van de jongere naar zelfstandigheid.

### 10.3.3 *Motivering rechterlijke beslissingen*

Een laatste vorm van een duidelijke directe rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezin ter bescherming van de minderjarige kan worden geboden door een kinderrechter bij het geven van een motivering als een maatregel van kinderbescherming wordt opgelegd. Hoewel in het kader van dit onderzoek in Canada geen empirisch onderzoek naar rechterlijke motiveringen is verricht en het jurisprudentie-onderzoek voornamelijk beperkt is gebleven tot beslissingen van de *Supreme Court*, zullen hier toch enkele algemene opmerkingen geplaatst worden over de motivering van rechterlijke beslissingen in het kader van kinderbescherming in Canada.

Zoals eerder is opgemerkt, dient een kinderrechter bij een beslissing op een verzoek tot een maatregel van kinderbescherming te bepalen welke van de wettelijk omschreven normen voor het vaststellen van een beschermingsnoodzaak van de minderjarige van toepassing is. Deze normen zijn in alle provincies de afgelopen twintig jaar aangescherpt en uitgebreid, waardoor er een concrete invulling wordt gegeven aan de precieze reden voor het opleggen van een maatregel. De op te leggen maatregel dient in het belang van het kind te zijn; ook dit dient door de kinderrechter aan de hand van de niet-limitatieve wettelijke lijst van factoren te worden vastgesteld. De verschillende specifieke en helder afgebakende normen die in een concrete zaak van toepassing zijn en als zodanig worden genoemd in de rechterlijke motivering, maken dat op deze manier een concrete rechtvaardiging kan worden geboden voor het opleggen van een kinderbeschermingsmaatregel. De rechterlijke keuze van de meest geëigende maatregel in een concrete situatie dient op grond van het belang van het kind verantwoord te worden. Aangezien de verschillende maatregelen, ook gezien de wettelijke termijnen die hiervoor gelden, duidelijk verschillende doelstellingen beogen, zal in de rechterlijke motivering ook ter sprake komen welke doelstelling in casu dient te worden nagestreefd. Hierbij kan een vooraf opgesteld hulpverleningsplan bijdragen aan het bepalen van de juiste oplossingsrichting bij de uitvoering van de maatregel. Een schriftelijke rechterlijke motivering geeft dus aan op grond van welke concrete feiten een maatregel van kinderbescherming noodzakelijk is en hierbij wordt ook ingegaan op de concrete doelstelling die belangrijk is bij het bepalen van de maatregel die het meest in het belang van de minderjarige is.

De gehele kinderbeschermingsprocedure in de Anglo-Amerikaanse rechtstelsels, die zich onder andere kenmerkt door het vereiste dat het bewijs ter zitting moet worden geleverd waardoor het vaak gaat om langdurige rechtzittingen, en het feit dat alle partijen over het algemeen juridisch worden bijgestaan, doet des te meer vermoeden dat een rechter helder en concreet zal motiveren op grond waarvan deze tot zijn of haar beslissing is gekomen. Tijdens de zitting zal de vraag aan de orde komen welke feiten tot een beschermingsnoodzaak van de minderjarige leiden en welke maatregel het meest in het belang van de minderjarige is. Advocaten zullen zo concreet mogelijk willen ingaan op de vraag wat het meest in het belang van het kind is en op de vraag of er voldoende bewijs is om de *need of protection* voor de minderjarige vast te stellen. Een kinderrechter zal daarom waarschijnlijk zijn beweegredenen eerder

verduidelijken dan wanneer er geen juridische discussie over deze aspecten zou zijn gevoerd.

Tenslotte valt er uit de kinderbeschermingswetten zelf af te leiden dat een kinderrechter een uitspraak inzake kinderbescherming behoorlijk en voldoende dient te motiveren. In Ontario geldt dat als een kinderrechter een maatregel van kinderbescherming uitspreekt, deze uitspraak het volgende zal moeten inhouden: *“a statement of any terms or conditions imposed on the order, a statement of every plan for the child’s care proposed to the court, a statement of the plan for the child’s care that the court is applying in its decision, and reasons for its decision, including a brief statement of the evidence on which the court bases its decision, and where the order has the effect of removing or keeping the child from the care of the person who had charge of the child immediately before intervention, a statement of the reasons why the child cannot be adequately protected while in the person’s care.”*<sup>196</sup> Dit betekent dat een kinderrechter in zijn schriftelijke motivering uitvoerig dient in te gaan op de feiten die tot gedwongen hulpverlening hebben geleid en de concrete doelstellingen die dienen te worden behaald om tot een situatie te komen waarin gedwongen hulpverlening niet langer nodig is. In Québec geldt verder de eis voor de kinderrechter om in begrijpelijke taal de uitspraak aan betrokkenen te verantwoorden en te pogen om instemming van de minderjarige te krijgen met de genomen beslissing.<sup>197</sup> De concrete wettelijke rechtsgronden voor de maatregelen van kinderbescherming en de duidelijk omschreven en wettelijk afgebakende doelstellingen bij de verschillende maatregelen brengen naast het wettelijk voorschrift derhalve met zich mee dat de rechterlijke uitspraak voldoende en deugdelijk is gemotiveerd, zodat aan betrokkenen een directe rechtvaardiging wordt geboden van de overheidsinterventie in het gezin ter bescherming van de minderjarige.

#### 10.4 Conclusie

Bestudering van het juridische kader van kinderbescherming in Canada heeft tot een aantal interessante resultaten geleid die ter inspiratie kunnen dienen bij het nadenken over een herziening van het Nederlandse kinderbeschermingsstelsel. Natuurlijk moet niet uit het oog worden verloren dat Canada voor wat betreft het rechtsstelsel en de rechtscultuur verschilt van Nederland en dat dit betekent dat juridische ontwikkelingen die in Canada innovatief en efficiënt lijken, dit niet per definitie in Nederland zullen zijn. Ook geven de hierboven beschreven aspecten van de herzieningen in de kinderbeschermingsstelsels van Canada geen garantie dat de effectiviteit van kinderbescherming hiermee is verbeterd; dit zou een nieuwe studie vereisen (mocht dit al meetbaar en vergelijkbaar zijn). Als deze kanttekeningen in het achterhoofd worden gehouden, ben ik echter ten zeerste van mening dat de beschreven ontwikkelingen in Canada tot nadenken stemmen en voor Nederland als voorbeeld kunnen gelden.

Het is opvallend dat de wettelijke gronden tot het opleggen van een maatregel van kinderbescherming zoals die in Canada golden vóór de verschillende provinciale wetsherzieningen overeenkomsten vertonen met de rechtsgronden zoals die in Nederland nu nog bestaan. De gronden waren in het algemeen meer ge-

---

196 S. 53 (1) CFSA. In Québec geldt dat *“une décision ou ordonnance doit être écrite et motivée”* (art. 90 LPJ).

197 Art. 89 LPJ.



richt op het gedrag of het falen van ouders dan op de beschermingsbehoefte van de minderjarige en waren minder concreet en gedetailleerd geformuleerd, waardoor de interpretatieruimte bij de toepassing van de rechtsgronden groter was. In de huidige wetten zijn de rechtsgronden voor overheidsinterventie in het gezin inhoudelijk meer gericht op de schade voor een minderjarige in een concrete situatie. De meer gespecificeerde gronden leiden er ook toe dat rechterlijke beslissingen duidelijker zijn gemotiveerd dan bij de toepassing van een ruime rechtsgrond in de zin dat een rechter zich zal moeten uitspreken over de vraag of de problemen in een concrete gezinssituatie voldoen aan de specifieke rechtsgronden. Dit biedt belanghebbenden een betere rechtvaardiging van de overheidsinterventie, omdat de rechtsgronden voor de maatregelen van kinderscherming meer zeggen over de problematiek waarvoor gedwongen hulpverlening noodzakelijk is en de rechterlijke motivering ook meer concreet op de casus zal zijn toegesneden.

Ook zijn in de afgelopen decennia de doelstellingen van de verschillende maatregelen van kinderscherming in Canada met de verschillende wetswijzigingen verduidelijkt. De gedachte dat het recht van een minderjarige op stabiliteit en continuïteit in de verzorging en opvoeding voorop staat, heeft ertoe geleid dat er maximale termijnen zijn ingevoerd voor de verschillende maatregelen. De lichtere maatregelen zijn in tijdsduur begrensd, waardoor het voor hulpverleners en kinderrechters noodzakelijk wordt om na het aflopen van de maximale termijn een beslissing te nemen over het toekomstperspectief van de minderjarige. De wettelijke afbakening van de maatregelen in tijdsduur dwingt tot duidelijke keuzes voor de toekomst van een minderjarige. Het recht op stabiliteit voor het kind is dan ook opgenomen in de definitie van het belang van het kind, die een niet-limitatieve lijst van factoren inhoudt die in acht moeten worden genomen bij beslissingen over wat het meest in het belang van het kind is. Het recht op stabiliteit en continuïteit in het leven van een minderjarige betekent primair dat alles in het werk moet worden gesteld om ouders en kind niet te scheiden of de minderjarige slechts voor een korte duur uit huis te plaatsen, waarna deze weer door de ouders kan worden opgevoed. Mocht dit niet haalbaar zijn binnen de daarvoor wettelijk vastgestelde termijnen, die soms variëren afhankelijk van de verschillende leeftijdscategorieën, dan komt er na afloop van de maximale termijn een keerpunt en zal de minderjarige in een nieuwe opvoedingsomgeving worden beschermd. De theoretische doelstelling is derhalve primair het zoveel mogelijk begeleiden van ouders en minderjarigen in hun eigen gezin, waarbij een eventuele kortdurende UHP van de minderjarige ook gericht moet zijn op de hereniging van ouders en minderjarigen. Mocht dit binnen een in tijdsduur begrensde periode niet haalbaar zijn, dan is de secundaire theoretische doelstelling het garanderen van stabiliteit en continuïteit voor de minderjarige in een nieuwe opvoedingssituatie. Dit theoretische kader blijkt duidelijk uit de kinderschermingswetten.

De invulling van het maatregelenpakket in enerzijds een maatregel zonder de mogelijkheid van UHP van de minderjarige (de *supervision order*) en anderzijds

de gezagsontnemende maatregel die ofwel tijdelijk is,<sup>198</sup> of (meestal na het aflopen van de maximale wettelijke termijn voor tijdelijke gezagsontneming) permanent van aard, waarbij overigens voor belanghebbenden wel de juridische mogelijkheid tot herziening van de rechterlijke beslissing bestaat, verduidelijkt de verschillende doelstellingen des te meer. Dit hangt ook samen met het feit dat in de Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels de fysieke component van ouderlijk gezag inhoudt dat als een minderjarige uit huis wordt geplaatst, ouders dit onderdeel van het gezag automatisch verliezen voor de duur van de UHP van hun kind. Zodra het gaat om een gedwongen UHP van een minderjarige, brengt dit een andere kindbeschermingsmaatregel met zich mee, namelijk een ontneming van (onderdelen van) het gezag. De *supervision order* is te vergelijken met de Nederlandse maatregel van OTS, met als belangrijk verschil dat dit in Canada niet kan samengaan met een UHP, terwijl dat in Nederland wel mogelijk is. Voor belanghebbenden biedt het maatregelenpakket in Canada de garantie dat duidelijk is of een minderjarige met een maatregel thuis blijft wonen of uit huis wordt geplaatst, waarbij dit laatste gezagsontneming impliceert.

Voor een UHP van de minderjarige geldt verder dat een netwerkplaatsing, dat wil zeggen een plaatsing van de minderjarige in de directe omgeving van het gezin (bijvoorbeeld bij grootouders), de voorkeur verdient. Dit uitgangspunt is dan ook als zodanig opgenomen in de omschrijving van de principes bij de kindbeschermingswetten. In geval van een netwerkplaatsing wordt het ouderlijk gezag in mindere mate beperkt dan bij overige uithuisplaatsingen van een minderjarige en behouden ouders meer verantwoordelijkheid over de verzorging en opvoeding van hun kind.

Tenslotte brengt het feit dat er één kindbeschermingsorganisatie verantwoordelijk is voor zowel de vrijwillige hulpverlening, het indienen van verzoeken tot een maatregel van kindbescherming, als de uitvoering van de door de kinderrechter uitgesproken maatregelen met zich mee dat bij het indienen van het verzoek al een concreet hulpverleningsplan kan worden opgesteld voor de minderjarige, dat door dezelfde organisatie zal worden uitgevoerd. De organisatie committeert zich hierdoor als het ware bij voorbaat aan de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de uitvoering van de maatregel. Dit biedt voor belanghebbenden de zekerheid dat vooraf duidelijk wordt gemaakt aan welke oplossingsrichting gewerkt zal gaan worden om de noodzaak van gedwongen hulpverlening op te heffen. Het vooraf opgestelde hulpverleningsplan biedt de kinderrechter ook houvast bij een hernieuwde toetsing van de maatregel. De concrete doelstellingen van de door de kinderrechter opgelegde maatregel worden op deze manier verduidelijkt.

Als het gaat om een *supervision order*, kan de kinderrechter op grond van de wet aan deze maatregel voorwaarden verbinden die betrekking hebben op de verzorging en opvoeding van de minderjarige. Deze voorwaarden zullen op verzoek van een *Children's Aid Society* ter uitvoering van het hulpverleningsplan worden opgelegd. Hiermee wordt voorkomen dat, zoals dit in Nederland geldt, belanghebbenden pas na het opleggen van deze maatregel van de uitvoe-

---

198 Ik bedoel hier niet de tijdelijke spoedmaatregel die in crisissituaties zonder voorafgaand verhoor kan worden opgelegd ter voorlopige UHP van de minderjarige, samengaan met een tijdelijke gezagsontneming. Van deze crisismaatregel, die slechts kan worden opgelegd tot op het moment dat een kinderrechter oordeelt over het verzoek tot een basismaatregel van kindbescherming, is de doelstelling vanwege het spoedeisend karakter duidelijk (nl. het tijdelijk ingrijpen in een nood situatie om de ernstige bedreiging voor de minderjarige tegen te gaan).

rende kinderbeschermingsorganisatie dwingende aanwijzingen kunnen krijgen in het belang van de verzorging en opvoeding van de minderjarige waartegen zij, indien zij het hier niet mee eens zijn, bezwaar of beroep kunnen aantekenen. Omdat de concrete afspraken ter uitvoering van het hulpverleningsplan al op de zitting voorafgaand aan de maatregel worden besproken en eventueel door een kinderrechter worden opgelegd als voorwaarden gekoppeld aan de maatregel van kinderbescherming, is het hulpverleningstraject vanaf het uitspreken van de maatregel voor alle partijen duidelijk en kan hier direct een begin mee worden gemaakt zonder dat dit tot hernieuwde procedures hoeft te leiden. Voor belanghebbenden is het wel mogelijk om een verzoek bij de kinderrechter in te dienen tot herziening van de maatregel; dit biedt een procedurele waarborg tot een hernieuwde rechterlijke toetsing bij gewijzigde omstandigheden.

De overgang van probleemgericht naar oplossingsgericht denken bij het juridisch beslissen over een maatregel van kinderbescherming wordt in Canada gestimuleerd door de manier waarop het wettelijk stelsel is ingericht. Eerst dient een beslissing te worden genomen over de vraag of de minderjarige *in need of protection* ofwel beschermingsbehoefstig is, waarbij voor alle maatregelen dezelfde rechtsgronden van toepassing zijn. Bij het oordelen over de vraag of één van de limitatief opgesomde factoren van toepassing is op een concrete situatie, staat het probleem van de minderjarige binnen de gezinssituatie centraal. Vervolgens dient de kinderrechter echter bij het beslissen over de vraag welke maatregel het meest in het belang is van de minderjarige toekomstgericht te denken, waarbij de te verwachten doelstellingen bij de maatregelen doorslaggevend zijn. Bij deze toetsing wordt gebruik gemaakt van een niet-limitatieve opsomming van factoren die een rol spelen bij het bepalen van wat het meest in het belang is van de minderjarige. Ook het hulpverleningsplan biedt de kinderrechter een leidraad. Op deze wijze wordt de stap gemaakt van een probleem als oorzaak van een maatregel naar een concrete doelstelling ter oplossing van dit probleem, waarna de maatregel niet langer noodzakelijk is.

Hoewel het belang van de minderjarige in de kinderbeschermingswetgeving voorop staat, betekent dit in eerste instantie dat ouders en minderjarigen niet zullen worden gescheiden. Als het toch noodzakelijk blijkt dat de minderjarige uit huis wordt geplaatst, dient de hulpverlening zich allereerst te richten op het herenigen van ouders en minderjarige, waarbij de problemen die tot gedwongen hulpverlening hebben geleid moeten worden opgelost. Dit betekent ook dat pas een maatregel van kinderbescherming dient te worden uitgesproken als lichter ingrijpen niet mogelijk is en vrijwillige hulpverlening niet haalbaar is (gebleken). De afgelopen decennia is in Canada in het kader van kinderbescherming gezocht naar methoden om ouders meer verantwoordelijkheid te laten behouden over hun kinderen en zijn er nieuwe wegen ontdekt om hulp te bieden aan gezinnen, zonder dat door een kinderrechter een gedwongen maatregel van kinderbescherming hoeft te worden uitgesproken en zonder dat een vaak langdurige gerechtelijke procedure moet worden doorlopen.

Zo kan een kinderbeschermingsorganisatie een zogenaamd vrijwillig hulpverleningscontract afsluiten met ouders en minderjarigen, waarin afspraken worden opgenomen over de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan de door alle partijen geaccepteerde hulpverlening om de dreigende situatie voor de minderjarige tegen te gaan. Deze wettelijke mogelijkheid om ouders meer verantwoordelijkheid te laten behouden over hun kinderen en zelf te laten meedenken

over mogelijke oplossingen, zonder dat een rechter hier aan te pas hoeft te komen, biedt gezinnen in Canada de garantie dat zij bij problemen het heft in eigen handen kunnen nemen en niet automatisch doorstromen naar een gedwongen hulpverleningstraject. Ook oudere minderjarigen (adolescenten) kunnen een hulpverleningscontract aangaan met de *Children's Aid Society* in het geval dat hereniging met ouders geen reële optie meer is. In dat geval kan een hulpverleningsplan worden opgesteld om te werken aan het vergroten van de zelfstandigheid van de minderjarige. Als deze vorm van hulpverlening is gestart, bestaat voor de jongere vaak de wettelijke mogelijkheid om na het bereiken van de meerderjarigheidsgrens de hulpverlening nog enige tijd te continueren, zodat er geen abrupt einde komt aan een op gang gezet traject. Op deze wijze worden minderjarigen serieus genomen en hebben zij het recht om buiten hun ouders om een hulpverleningsrelatie aan te gaan ter ondersteuning van hun problemen.

Tenslotte biedt het gebruik van kinderbeschermingsbemiddeling bij conflicten tussen een hulpverlener en een belanghebbende (ouders, minderjarigen, pleegouders) de mogelijkheid dat partijen onder begeleiding van een neutrale bemiddelaar zelf naar oplossingen voor een conflict zoeken zonder dat er een kinder-rechter aan te pas hoeft te komen. Dit doet meer recht aan het belang van gezinnen om verantwoordelijk te blijven voor problemen en zelf onder begeleiding naar mogelijke oplossingen te zoeken. Deze nieuwe ontwikkelingen, waarvan het gebruik in de kinderbeschermingswetten is opgenomen, betekenen ook dat een maatregel van kinderbescherming wettelijk pas kan worden gerechtvaardigd als lichter ingrijpen niet mogelijk is, dat wil zeggen als methoden waarbij gezinnen zelf meer inspraak houden niet (meer) haalbaar zijn.

Een laatste noemenswaardige ontwikkeling betreft de toegenomen juridische bijstand van ouders en minderjarigen in kinderbeschermingsprocedures. Hoewel dit deels verklaard kan worden uit het feit dat de procedure ter zitting in Canada formeler en juridischer van aard is, komt deze ontwikkeling ook voort uit een toegenomen aandacht voor de positie van de direct betrokkenen, in het bijzonder de minderjarige, in kinderbeschermingsprocedures. Bij een conflict van belangen kan juridische bijstand voor een minderjarige betekenen dat de belangen van een minderjarige door een onafhankelijke, niet bij het conflict betrokken derde kunnen worden vertegenwoordigd. Deze kan in het bijzonder aandacht vragen voor de specifieke behoeften van een minderjarige in een concreet geval. De ouders, kinderrechter en *Children's Aid Society* kunnen hun eigen taak vervullen, die niet altijd precies hoeft samen te vallen met het vertegenwoordigen van de belangen van een minderjarige. Hoewel het bij deze juridische bijstand voor minderjarigen gaat om een hoge financiële kostenpost voor de overheid, worden het belang en de noodzaak hiervan door de samenleving ingezien.

De juridische bijstand van partijen in de kinderbeschermingsprocedure kan een uitgebreide rechterlijke motivering stimuleren. De kinderrechter heeft in Canada, evenals in Nederland, overigens ook wettelijk de taak om beslissingen duidelijk te motiveren door beweegredenen te noemen op grond waarvan een beslissing is genomen. Verder geven, zoals eerder gezegd, de gedetailleerde rechtsgronden voor het vaststellen van de noodzaak tot gedwongen hulpverlening en de opsomming van factoren die een rol spelen bij het bepalen wat het meest in het belang van het kind is de kinderrechter een handvat bij het concreet formuleren van een beslissing in het kader van een kinderbeschermingsmaatregel. Dit alles biedt in een concrete gezinssituatie een rechtvaardiging van de overheidsinterventie ter bescherming van de minderjarige.

In dit hoofdstuk is aangetoond dat een aantal recente ontwikkelingen in de verschillende provincies van Canada ertoe heeft geleid dat de directe rechtvaardiging bij het uitspreken van een maatregel van kinderbescherming is verbeterd. Belanghebbenden hebben zodoende beter inzicht in de oorzaak van de noodzaak tot het opleggen van gedwongen hulpverlening en, nog belangrijker, in de doelstellingen die moeten worden nagestreefd na het uitspreken van de maatregel ter opheffing van deze oorzaak, zodat de noodzaak van gedwongen hulpverlening vervalt. In het volgende hoofdstuk zal worden ingegaan op de wenselijkheid van een verbetering van de directe rechtvaardiging bij kinderbescherming in Nederland, waarbij de hiervoor beschreven aspecten van kinderbescherming in Canada als bron van inspiratie zullen dienen.

## 11 Naar een nieuw en gerechtvaardigd kinderschermingsstelsel

### 11.1 Waarom is vernieuwing noodzakelijk?

#### 11.1.1 Inleiding

Na honderd jaar kinderschermingsmaatregelen is op grond van verdragsrechtelijke verplichtingen de tijd rijp voor vernieuwing en verbetering. Belangrijk aandachtspunt is daarbij de vraag wat nu precies de grondslag is voor overheidsinterventie in het gezinsleven ter bescherming van de minderjarige en wat de uitgangspunten van justitiële kinderscherming dienen te zijn. Zolang dit niet meer geëxpliciteerd is en door de Nederlandse overheid geen concreet standpunt wordt ingenomen, zal geen sluitende rechtvaardiging kunnen worden gegeven voor de inbreuk in het gezinsleven, waardoor basisrechten van ouders en kinderen worden geschonden. Dan zal een overheidsbeleid ter bescherming van minderjarigen nooit gevrijwaard zijn van ad hoc beslissingen in concrete gezinssituaties zonder dat een voldoende directe rechtvaardiging kan worden gegeven voor het schenden van het recht op gezinsleven.

Ouders en minderjarigen hebben recht op een ongestoord gezinsleven dat is gevrijwaard van overheidsinterventie. Dit is als zodanig bepaald in art. 8 lid 1 EVRM: een ieder heeft recht op respect voor zijn familie- en gezinsleven. De opvoeding en verzorging van kinderen door ouders maakt deel uit van het familie- en gezinsleven. De Nederlandse overheid dient dit recht dan ook te respecteren en te garanderen. Een inbreuk op dit recht is op grond van art. 8 lid 2 EVRM slechts toegestaan indien dit bij wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de bescherming van de lichamelijke of geestelijke gezondheid van het kind. Het noodzakelijkheidsvereiste houdt in dat een inbreuk voldoende moet worden gerechtvaardigd en dat de argumenten die ter rechtvaardiging worden aangevoerd relevant en voldoende moeten zijn.

Bij de toepassing van een maatregel van kinderscherming wordt door de overheid een inbreuk gemaakt op het recht op respect voor familie- en gezinsleven. De overheid dient op grond van art. 8 lid 2 EVRM een rechtvaardiging te bieden voor deze interventie in het gezin die voldoet aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. Er dient te zijn voldaan aan de minimale vereisten die de inbreuk rechtvaardigen en de inbreuk dient evenredig te zijn aan het doel dat wordt nagestreefd. Dit houdt in dat de overheid geen grotere inbreuk dient te maken op het gezinsleven van ouders en minderjarigen dan nodig is om de minderjarige bescherming te bieden. Hierbij is ook de effectiviteit van de inbreuk van belang: pas als redelijkerwijs een positief effect kan worden verwacht van de overheidsinterventie door de toepassing van een maatregel van kinderscherming, is er sprake van voldoende rechtvaardiging. De door de overheid geboden rechtvaardiging bij een inbreuk op het recht op respect voor familie- en gezinsleven door de toepassing van een maatregel van kinderscherming is een basisvoorwaarde die direct voortvloeit uit art. 8 EVRM.

Het recht op een ongestoord gezinsleven van ouders en minderjarigen kan soms botsen met het recht van elke minderjarige op bescherming. In principe

dient het recht op respect voor het familie- en gezinsleven zoveel mogelijk te worden gewaarborgd als een minderjarige bescherming verdient. Zo is dit ook bepaald in art. 3 lid 2 IVRK: *“de staten die partij zijn, verbinden zich ertoe het kind te verzekeren van de bescherming en zorg die nodig zijn voor zijn of haar welzijn, rekening houdend met de rechten en plichten van zijn of haar ouders, wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk voor het kind zijn....”* In art. 9 lid 1 IVRK is het recht op gezinsleven uitdrukkelijk gegarandeerd: *“De staten die partij zijn, waarborgen dat een kind niet wordt gescheiden van zijn of haar ouders tegen hun wil, tenzij de bevoegde autoriteiten, onder voorbehoud van de mogelijkheid van rechterlijke toetsing, in overeenstemming met het toepasselijke recht en de toepasselijke procedures, beslissen dat deze scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind.”* Situaties waarin sprake is van misbruik of verwaarlozing van het kind door de ouders worden genoemd als voorbeelden waar een inbreuk op het gezinsleven noodzakelijk is. Bij een conflict van belangen tussen ouders en minderjarigen dient op basis hiervan dan ook in elk geval een duidelijke belangenafweging te worden gemaakt. De overheid heeft de plicht om deze belangenafweging inzichtelijk te maken door met betrekking tot kinderbescherming duidelijke rechtsgronden en heldere doelstellingen te formuleren, die vervolgens concreet inhoud kunnen worden gegeven bij een rechterlijke toetsing. De rechter dient met zijn motivering inzicht te bieden hoe de belangenafweging in een concrete gezinssituatie is gemaakt.

Dat de verdragsrechtelijke verplichtingen ertoe leiden dat het moment inderdaad is aangebroken om de kinderbeschermingsmaatregelen en het klimaat van kinderbescherming in Nederland te vernieuwen en te verbeteren, blijkt uit het beschreven ontstaan en het bijna onveranderlijk blijven bestaan van de kinderbeschermingsmaatregelen van (voorlopige) OTS, (gedwongen) ontheffing, ontzetting en voorlopige voogdij. De directe wettelijke rechtvaardiging, die theoretisch is af te leiden uit de rechtsgronden van de verschillende maatregelen en de wettelijke doelstellingen bij deze maatregelen en meer concreet kan worden gevonden in de schriftelijke rechterlijke motivering van beslissingen over zaken die betrekking hebben op een maatregel van kinderbescherming, is behalve verouderd ook onder de maat, omdat zij niet aan de verplichtingen voldoet die voortvloeien uit de eisen van art. 8 EVRM en van het IVRK. Dit geldt voor elk aspect van de directe wettelijke rechtvaardiging: rechtsgronden, doelstellingen en rechterlijke motivering. De onduidelijke rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezinsleven blijkt zowel uit het historisch overzicht van het ontstaan van de kinderbeschermingsmaatregelen als uit de geringe veranderingen omtrent het maatregelenpakket in de afgelopen eeuw. Ook wijzen het eerder beschreven theoretisch en empirisch onderzoek naar rechterlijke motivering en enkele recente onderzoeken en publicaties op een gebrek aan rechtvaardiging bij toepassing van de maatregelen en op een noodzaak tot herziening en vernieuwing van het wettelijk stelsel van kinderbescherming.

De RvdK en de GVI kunnen en dienen als verzoekende respectievelijk als uitvoerende organisatie in een kinderbeschermingszaak een rechtvaardiging te bieden voor een maatregel van kinderbescherming. Dit kan door enerzijds te streven naar zo duidelijk en concreet mogelijke gronden die in een verzoek aan de kinderrechter worden aangevoerd om de noodzaak van gedwongen hulpverlening aan te tonen, en anderzijds een zo efficiënt mogelijke uitvoering van een maatregel te waarborgen. Indien dit streven ook daadwerkelijk kan worden waargemaakt, gelden voor betrokkenen zowel vanuit het perspectief van pro-

bleemgericht als van oplossingsgericht denken voldoende garanties voor wat betreft de voorbereiding en de uitvoering van de maatregel. Dit neemt niet weg dat zonder voldoende wettelijke directe rechtvaardiging bij de toepassing van een maatregel van kindbescherming op basis van het recht op gezinsleven van ouders en minderjarigen dit streven geen daadwerkelijke inhoud heeft, omdat dan niet aan de basisvoorwaarde voor overheidsinterventie in het gezinsleven is voldaan.

### *11.1.2 Historische stagnatie*

Uit het historisch overzicht van het ontstaan en de toepassing van de maatregelen van kindbescherming blijkt dat de principiële vragen omtrent de directe wettelijke rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezinsleven vanaf de inwerkingtreding van de Kinderwetten bijna honderd jaar geleden al speelden. De overheid heeft zich vanaf het ontstaan van de wettelijke civiele maatregelen afzijdig gehouden in de discussie die in de juridische literatuur is gevoerd over bijvoorbeeld het karakter van het ouderlijk gezag en over de vraag wanneer nu precies in een concrete situatie voldoende grond is om het ouderlijk gezag te ontnemen door middel van de toepassing van de maatregel tot ontheffing van of ontzetting uit het gezag. Dit is zelfs als zodanig erkend door de toenmalige minister van Justitie, die bij het ontstaan van de eerste kindbeschermingsmaatregelen expliciet heeft gesteld dat gekozen is voor ruime rechtsgronden voor overheidsinterventie in het gezinsleven ter bescherming van de minderjarige. De rechter wordt beter in staat geacht om in de concrete omstandigheden van het geval te beoordelen of aan de ruime normen is voldaan die gezagsontneming noodzakelijk maken. Hoewel er zowel in de Eerste en Tweede Kamer als in de juridische literatuur op wordt gewezen dat het onwenselijk is dat de rechters bij het toepassen van de civiele maatregelen, waarmee een dergelijk ingrijpende inbreuk op het gezinsleven mogelijk wordt gemaakt, een te grote beoordelingsvrijheid krijgen, blijft de minister bij zijn standpunt.

De doelstelling van een gezagsontneming is bij de inwerkingtreding van de Kinderwetten het beschermen van de minderjarige tegen zijn of haar ouders door ouders en kind te scheiden. Hierbij speelt de gedachte dat op deze wijze jeugdcriminaliteit kan worden voorkomen en de minderjarige kan opgroeien tot nuttige burger voor de samenleving, nu deze immers na het uitspreken van een gezagsontnemende maatregel niet langer in aanraking komt met de ontoreikende opvoedingskwaliteiten van ouders. De rechtsgronden voor overheidsinterventie richten zich voornamelijk op ouderlijk handelen of falen. Wat bij het toepassen van een maatregel van kindbescherming het meest in het belang is van de minderjarige, is nog niet de centrale gedachte. Gezinshereniging is dan ook nog geen direct na te streven doel als eenmaal een maatregel is uitgesproken.

Hoewel de wetgever de rechter een grote beoordelingsvrijheid geeft bij de toepassing van de rechtsgronden tot het opleggen van een maatregel, blijkt dat de rechterlijke macht de eerste jaren na de inwerkingtreding van de maatregelen van ontheffing en ontzetting veel moeite heeft om deze beoordelingsvrijheid te benutten. Ondanks pogingen van de verzoekende RvdK (toen nog de Voogdijraad geheten) om de rechtsgronden ruim toe te passen en daardoor meer bescherming aan minderjarigen te kunnen bieden, lijken de rechters nog een strikte toepassing van de wet voor te staan en niet te veel ruimte te willen nemen om in gezinssituaties die door de wetgever niet bedoeld lijken voor het toepassen van



een maatregel, toch te interveniëren. Verder is sprake van een ongelijke behandeling van zaken in de zin dat de rechters de rechtsgronden nog verschillend toepassen. De maatregelen die worden uitgesproken hebben overigens een definitief karakter. Herstel in het gezag wordt bijvoorbeeld nauwelijks uitgesproken en ook over de omgang tussen ouders en minderjarigen bij een maatregel van kinderbescherming wordt niet gesproken.

De concrete directe rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezinsleven door middel van een duidelijke rechterlijke motivering is al vanaf de inwerkingtreding van de Kinderwetten onvoldoende, terwijl dit vanwege de ruime beoordelingsvrijheid die de wetgever aan de rechter heeft toegekend nu juist zo belangrijk is. Uit de wet en de wetsgeschiedenis is de directe rechtvaardiging namelijk minder gemakkelijk af te leiden. Toch lijken de rechters in het begin van de twintigste eeuw het belang van een deugdelijke motivering niet in te zien. Ondanks waarschuwingen vanuit de literatuur voor een standaardmotivering bij de toepassing van een kinderbeschermingsmaatregel en de wetsherziening in 1909, waarna de beschikking in het kader van een maatregel 'met redenen moet zijn omkleed', blijven rechters over het algemeen zeer minimaal motiveren door slechts standaardoverwegingen te gebruiken. Zelfs in de jurisprudentie wordt dit niet afgestraft, maar voldoende bevonden. Hierdoor wordt aan de ruime rechtsgronden zoals deze door de wetgever zijn ingevoerd niet, althans niet zichtbaar en controleerbaar, meer inhoud gegeven door de rechter, zoals de wetgever dit voor ogen stond.

Al snel na de invoering van de maatregelen tot ontheffing en ontzetting en de maatregel tot voorlopige gezagsontneming blijkt in de praktijk dat behoefte is aan een maatregel die minder radicaal is en niet leidt tot een gezagsontneming en een scheiding van ouders en minderjarigen. Uit de Verenigde Staten komt de gedachte overwaaien van een preventieve maatregel. Hiermee kan hulp worden geboden binnen het gezin in situaties waar anders een civiele gezagsontneming van ouders of een strafrechtelijke plaatsing van de minderjarige zou moeten worden uitgesproken om hulpverlening in een gedwongen kader mogelijk te maken. Deze maatregel van *probation* wordt in Nederland omgevormd tot de maatregel van OTS, die in 1922 in werking treedt en vooral wordt gezien als alternatief voor de civielrechtelijke maatregelen van ontheffing en ontzetting in gezinssituaties waar lichter ingrijpen mogelijk is. Dit gaat samen met de invoering van de kinderrechter, een rechter die gespecialiseerd is in kinderzaken en die als alleensprekende rechter een OTS kan opleggen en vervolgens ook verantwoordelijk is voor de uitvoering van de OTS, waarbij aan de gezinsvoogd aanwijzingen kunnen worden gegeven.

De rechtsgrond van de OTS is, in tegenstelling tot die van de ontheffing en ontzetting, gericht op het belang van de minderjarige: als deze bedreigd wordt met zedelijke of lichamelijke ondergang, kan een OTS worden uitgesproken. De rechtsgrond is ruim geformuleerd en kan dan ook in vele gezinssituaties uitkomst bieden. De rechters hebben ook bij de toepassing van deze maatregel een grote beoordelingsvrijheid. Over dit alles vindt echter geen discussie plaats in de Eerste en Tweede Kamer, noch in de literatuur, zoals dit wel het geval was bij de parlementaire behandeling van de Kinderwetten.

Er wordt wel gediscussieerd over de doelstelling van de maatregel van OTS. Bij het spreken over de maatregelen van kinderbescherming verschuift de aandacht van het scheiden van ouders en minderjarige naar het voorkomen van een scheiding en het voorkomen van een gezagsontneming door met een OTS hulp

te bieden binnen het gezin. De OTS kan preventief werken en kan bedreigingen van de minderjarige opheffen zonder dat dit leidt tot een definitieve scheiding met ouders. Deze doelstelling brengt met zich mee dat direct na de inwerking-treding van de OTS dit de meest toegepaste maatregel wordt. De gezagsontnemen-de maatregelen worden in veel mindere mate toegepast. Ook wordt de OTS soms op oneigenlijke wijze toegepast. De rechters lijken meer gebruik te maken van hun beoordelingsruimte. Dit alles strookt niet met de gedachte om bij de toepassing van de maatregelen van kindbescherming een zo zuiver mogelijk onderscheid voor te staan en lijkt voort te komen uit de praktische behoefte om de OTS zo flexibel mogelijk toe te passen, zodat niet hoeft te worden overge-gaan tot het uitspreken van een 'zware' gezagsontnemende maatregel.

De onduidelijkheid van het onderscheid tussen de verschillende maatregelen wordt verder versterkt door de mogelijkheid om een OTS met een UHP van de minderjarige te laten samengaan. Hoewel de wetgever oorspronkelijk heeft beoogd om slechts in het kader van een OTS een UHP voor korte termijn moge-lijk te achten in geval van een observatieplaatsing of tuchtschoolplaatsing, wordt de mogelijkheid van UHP bij een OTS in de jurisprudentie verruimd door ook een UHP elders, op aanwijzing van de gezinsvoogd of de kinderrechter, goed te keuren. Zelfs de Hoge Raad wijst deze verruiming van de UHP bij een OTS toe. Hiermee kan ook in situaties waar eigenlijk een ontheffing of zelfs een ontzetting zou zijn aangewezen, een OTS met UHP een praktisch alternatief bieden. De doelstelling om zo licht mogelijk in te grijpen en gezagsontneming te voorkomen leidt zozeer de boventoon, dat de OTS in groten getale wordt toegepast en in veel meer situaties samengaat met een UHP dan dat de wetgever voor ogen stond. Hierbij ontbreekt de mogelijkheid voor ouders en minder-jarigen om bij een UHP op aanwijzing van de gezinsvoogd of de kinderrechter hoger beroep in te stellen en dit leidt tot een buitensporige inbreuk op hun recht op gezinsleven.

Tenslotte blijkt uit de jurisprudentie dat, ondanks herhaalde aandacht vanuit de juridische literatuur, de inhoud van de rechterlijke motiveringen inzake be-slissingen omtrent een maatregel van kindbescherming niet verbetert. Inte-gendeel, het gebruik van standaardmotiveringen blijft de normale gang van zaken. Dit alles leidt tot de conclusie dat de concrete directe rechtvaardiging niet is verbeterd en dat de rechtsgronden en doelstellingen van de OTS slechts in geringe mate een rechtvaardiging bieden. Daarentegen wordt het onderscheid tussen de verschillende maatregelen minder zuiver door het veelvuldig uitspre-ken van de OTS.

Met een tweetal wetswijzigingen wordt door de wetgever een betere wetstoe-passing beoogd. De verhouding tussen met name de OTS en de ontheffing dient verduidelijkt te worden. In 1947 wordt met de wettelijke invoering van de maat-regel tot gedwongen ontheffing door de wetgever dan ook een aanzet gegeven om een OTS met een langdurige UHP tegen te gaan. De gedachte is dat juist in situaties waar ouders niet instemmen met een ontheffing en er niet voldoende grond is om een ontzetting uit te spreken, de OTS met een langdurige UHP wordt toegepast. Daarom wordt het nu ook mogelijk om een ontheffing ondanks verzet van ouders hiertoe uit te spreken. Dan moet wel aan één van de daartoe speciaal ingevoerde rechtsgronden zijn voldaan, waarvan de belangrijkste is dat in een situatie waar een OTS na minimaal zes maanden niet voldoende blijkt om de minderjarige te beschermen vanwege de ongeschiktheid of onmacht van de ouder(s), dit grond oplevert om een gedwongen ontheffing uit te spreken. Met

toepassing van deze rechtsgrond kunnen de verschillende doelstellingen, namelijk enerzijds het voorkomen van een gezagsontneming door het behoud of herstel van het gezin onder begeleiding en anderzijds de meer langdurige bescherming van de minderjarige buiten het gezin, duidelijker worden gescheiden.

Een andere poging van de wetgever om een meer zuivere wetstoepassing te stimuleren is het invoeren van een maximale termijn voor UHP bij een OTS in 1956. Dit gaat samen met de wettelijke invoering van een extra rechtsgrond voor een gedwongen ontheffing, namelijk als een OTS met UHP na anderhalf jaar niet voldoende blijkt om de minderjarige te beschermen vanwege de ongeschiktheid of onmacht van de ouders. Omdat de wettelijke maximale termijn van twee jaar voor UHP vanuit de praktijk op hevig verzet stuit, worden enkele uitzonderingsgronden in de wet opgenomen om een UHP in bijzondere situaties ook na twee jaar te laten voortduren.

Hoewel de verschillende doelstellingen van de maatregelen opnieuw onder de aandacht komen en de wetgever poogt de doelstelling van de OTS te verscherpen en oneigenlijk gebruik van de OTS met UHP in situaties waar een ontheffing meer geëigend is tegen te gaan, is er geen aandacht voor een verduidelijking van de rechtsgronden. Deze blijven ruim geformuleerd: ook de nieuwe rechtsgrond voor UHP '*in het belang van de verzorging en opvoeding van de minderjarige*' biedt geen extra duidelijkheid omtrent de concrete inhoud en geeft de rechter een grote beoordelingsvrijheid. De kinderrechtters gebruiken deze beoordelingsruimte bijvoorbeeld om de uitzonderingsgronden voor de maximale termijn van twee jaar voor een OTS met UHP ruimhartig toe te passen.

Er komt wel steeds meer aandacht voor de rechtspositie van ouders en minderjarigen. Zij kunnen vanaf 1947 tegen alle beslissingen hoger beroep instellen, behalve tegen een beslissing tot voorlopige OTS. Hiermee worden beslissingen van kinderrechtters toetsbaar en controleerbaar door een hogere rechter. Feit blijft echter dat de rechterlijke motivering niet beduidend verbetert, waardoor toetsing door een hogere rechter slechts een hernieuwde toetsing van de feiten kan inhouden. De radicale scheiding tussen ouders en minderjarigen na het uitspreken van een gezagsontnemende maatregel wordt overigens steeds minder absoluut benaderd. Er is sprake van een toenemende aandacht voor contact tussen ouders en hun kind, ook als het ouderlijk gezag is ontnomen.

In de jaren zeventig van de vorige eeuw neemt de roep om versterking van de rechtspositie van ouders en minderjarigen in het algemeen toe en ontstaan belangenorganisaties die bijvoorbeeld opkomen voor de positie van ouders en minderjarigen die te maken krijgen met een maatregel van kinderbescherming. De onvrede is groot: er komt steeds meer kritiek op de justitiële hulpverlening en op de machtige positie van de RvdK, de kinderrechter en de uitvoerende instellingen. Ook vindt er een sterke bewustwording plaats van individuele rechten, waarbij de uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inzake het recht op respect voor familie- en privéleven een belangrijke rol spelen.

Begin jaren zeventig wordt het rapport van de Commissie Wiarda uitgebracht. De commissie was door de minister van Justitie oorspronkelijk belast met het onderzoeken van de vraag of de civielrechtelijke maatregelen van kinderbescherming niet beter op elkaar dienen te worden afgestemd. Dit rapport is in het familierecht (en niet alleen voor de kinderbeschermingsmaatregelen) van grote invloed gebleken. Hoewel de commissie pleit voor een herziening van het

gehele maatregelenpakket, wordt in 1979 een voorontwerp ingediend tot herziening van de OTS. Een belangrijk punt van kritiek op de OTS betreft het feit dat de kinderrechter zowel belast is met de rechtsprekende als met de uitvoerende taak. Dit zou in strijd zijn met het recht op een onpartijdige kinderrechter, zoals dit voortvloeit uit art. 6 EVRM. De kritiek op het voorontwerp is voorspelbaar: er is een meer fundamentele bezinning op het gehele civiele maatregelenpakket, en niet alleen op de OTS, nodig. Het voorontwerp blijft uiteindelijk in de kast liggen en wordt niet ingediend als wetsvoorstel.

De onvrede met betrekking tot de toepassing van de OTS (dit is immers de meest toegepaste maatregel van kinderbescherming) blijft bestaan en leidt in het begin van de jaren negentig tot nieuwe rapporten waarin wordt voorgesteld de regeling van de OTS te herzien. De roep om een herziening van het gehele maatregelenpakket lijkt van de politieke agenda verdwenen. De kritiek op de dubbelfunctie van de kinderrechter is blijven bestaan en de roep om een versterking van de rechtspositie van direct betrokkenen bij een maatregel van kinderbescherming (behalve ouders en minderjarigen ook pleegouders) is niet verstomd. De meest recente wetswijzigingen, behalve die van de OTS in 1995 ook die van de voorlopige maatregel tot gezagsontneming in 1997, zijn dan ook een antwoord op deze kritiek.

De nadruk is in de afgelopen decennia volledig komen te liggen op een verbetering van de rechtspositie van betrokkenen bij een maatregel van kinderbescherming. De vraag naar een verbetering van de directe rechtvaardiging bij de overheidsinterventie ter bescherming van de minderjarige is bijna geheel naar de achtergrond verdwenen. De rechtsgronden zijn alleen aangepast voor zover sprake was van verouderd taalgebruik, maar hierbij was het duidelijk niet de bedoeling om de rechtsgrond een andere invulling te geven. Voor de OTS geldt sinds 1995 als extra vereiste dat vrijwillige hulpverlening niet (meer) mogelijk is, maar dit 'ultimum remedium' criterium werd al als zodanig in de rechtspraktijk toegepast. De doelstellingen van de maatregelen zijn zelfs minder duidelijk geworden. De OTS kan in een breed scala van situaties worden toegepast, variërend van hulp aan adolescenten die begeleid willen worden naar zelfstandigheid en minderjarigen vanaf twaalf jaar die worden geplaatst in een gesloten setting, tot minderjarigen die schade ondervinden van een niet effectief lopende omgangsregeling met een ouder na echtscheiding en jonge kinderen die sinds lange tijd met een OTS in een pleeggezin wonen. In al deze situaties geldt als wettelijke doelstelling van de OTS dat ouders zoveel mogelijk verantwoordelijkheid dienen te behouden en dat door de gezinsvoogd bij een UHP van de minderjarige gewerkt moet worden aan een hereniging met de ouders. Het schrappen van de maximale termijn van twee jaar voor OTS met UHP uit de wet in 1995 heeft de onduidelijkheid van de doelstelling van de OTS verder versterkt, doordat een UHP van jaar tot jaar verlengd kan worden en vele jaren kan doorlopen. De doelstelling van OTS wordt dan wel erg moeilijk uit te voeren en na te streven.

Het is opvallend dat de vraag naar een heldere rechterlijke motivering in zaken waar een maatregel van kinderbescherming wordt uitgesproken of wordt verlengd steeds opnieuw onder de aandacht wordt gebracht. Zo ook in de rapporten die in het begin van de jaren negentig hebben geleid tot de uiteindelijke wetswijziging van de OTS. Tijdens de parlementaire behandeling van de wetsherziening OTS benadrukt de staatssecretaris van Justitie het belang van een duidelijke rechterlijke motivering in kinderbeschermingszaken, juist vanwege

de keuze voor ruime normen zonder verdere concretisering van de rechtsgrond voor OTS. Hierbij wordt door de staatssecretaris gewezen op de mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep en cassatie als de rechter zich niet aan de motiveringsplicht houdt. In de jurisprudentie is echter bepaald dat aan de wettelijke motiveringsplicht bij het opleggen van een maatregel van kinderbescherming geen hoge eisen worden gesteld.<sup>1</sup> Als een hogere rechter een standaardmotivering gebruikt ter bekrachtiging van de uitspraak van de kinderrechter in eerste aanleg, kan hieruit volgens de Hoge Raad worden afgeleid dat de hogere rechter hetzelfde standpunt heeft als de kinderrechter. Deze ‘inlees-techniek’ maakt het recht op toetsing door een hogere rechter vanwege een gebrek aan deugdelijke rechterlijke motivering illusoir. De vaste jurisprudentie inzake de motiveringsverplichting van de rechter heeft niet geleid tot de bevordering van een uitgebreide rechterlijke motivering, aangezien volgens de Hoge Raad door een hogere rechter met weinig woorden aan de motiveringsplicht is voldaan; een standaardmotivering kan zelfs nog vaak door de beugel. Cassatieberoep is volgens deze vaste leer nauwelijks haalbaar bij een klacht over gebrek aan rechterlijke motivering van de uitspraak. In de discussie over een duidelijke rechtvaardiging bij kinderbescherming lijkt de bal heen en weer te worden gespeeld tussen wetgever en rechterlijke macht. Op deze manier is de wil tot het bieden van voldoende rechtvaardiging ver te zoeken.

### *11.1.3 Huidige situatie*

Tot op heden is er wat betreft de directe rechtvaardiging bij kinderbescherming in de wet nauwelijks verbetering opgetreden. De rechtswaarborgen bij het toepassen van een maatregel zijn dan wel verbeterd, maar mijns inziens zijn dit slechts randvoorwaarden waaraan moet zijn voldaan als sprake is van een voldoende directe rechtvaardiging door de wetgever. Zonder voldoende rechtvaardiging van de inbreuk op het gezinsleven heeft een sterke procedurele positie van betrokkenen weinig tot geen inhoud. Hoe kan bij het instellen van (hoger) beroep een rechter immers toetsen als de rechtsgronden ruim zijn, de doelstellingen van de verschillende maatregelen niet duidelijk zijn en de rechterlijke beslissingen nauwelijks worden gemotiveerd?

Deze laatste constatering verdient enige nuancering. Uit de eerder beschreven resultaten van het empirisch onderzoek naar de rechterlijke motiveringen van beschikkingen van de Gerechtshoven inzake OTS blijkt dat het met de motivering inhoudelijk nog niet zo slecht is gesteld, of beter gezegd dat de kwaliteit van de rechterlijke motivering in beschikkingen die in hoger beroep zijn geweest in de meeste gevallen voldoende is. Hierbij dient wel direct de kanttekening te worden geplaatst dat niet voor niets is gekozen voor een onderzoek naar de rechterlijke uitspraken inzake OTS in hoger beroep: zaken die het tot de Hoge Raad halen, zijn binnen een jaar vaak op één hand te tellen, terwijl beschikkingen van de kinderrechters in eerste aanleg in de meeste gevallen slechts een standaardmotivering inhouden. Gelukkig lijken de raadsheren van de Gerechtshoven zich, ondanks de minimale motiveringsvereisten die uit de jurisprudentie zijn af te leiden, bewust te zijn van het belang van een deugdelijke motivering van de rechterlijke uitspraak bij een beslissing in het kader van een maatregel van kinderbescherming.

---

1 Zie hfst. 8.

Een aantal aspecten die bijdragen aan een zorgvuldige en gedegen rechterlijke motivering, is terug te vinden in het bestand van bestudeerde uitspraken.<sup>2</sup> Zo wordt soms bij een verwijzing in de motivering naar het wettelijk criterium van een OTS en/of een UHP duidelijk aangegeven welke concrete feiten maken dat het wettelijk criterium voor het uitspreken van een maatregel van toepassing is. Ook wordt wel ingegaan op de vraag waarom in een concrete zaak vrijwillige hulpverlening niet (meer) mogelijk is: op deze wijze wordt de rechtmatigheid, namelijk de verklaring waarom hulpverlening in een gedwongen kader noodzakelijk is, inhoud gegeven. De aard van de problematiek die heeft geleid tot de gezinssituatie waarin het opleggen of verlengen van een maatregel noodzakelijk is, wordt vaak in de motivering genoemd. Dit biedt een eerlijke rechterlijke argumentatie ten opzichte van betrokkenen en biedt ook perspectieven om te bepalen waaraan zal moeten worden gewerkt om de noodzaak tot gedwongen hulpverlening weg te nemen. Een concrete en specifieke invulling van wat het meest in het belang van een minderjarige is, geeft een extra dimensie aan een rechterlijke motivering, zonder dat het belang van het kind slechts als toverformule wordt gebruikt. Verwijzingen naar rapporten van de RvdK of de GVI, van extern deskundigen, of verwijzingen naar de mening van deskundigen die op de zitting zijn gehoord, kunnen slechts bijdragen aan een deugdelijke rechterlijke motivering als ook uitleg wordt gegeven waarom dit voor een rechter van belang is, waarbij bijvoorbeeld bijzondere onderdelen uit een rapport kunnen worden aangegeven. Al deze aspecten kunnen inhoudelijk dienen om een concrete rechtvaardiging te bieden aan betrokkenen bij een maatregel van kinderscherming.

Als elke beslissing inzake kinderscherming voldoende zou worden gemotiveerd en bij een hernieuwde rechterlijke toetsing op verzoek van betrokkenen ook deugdelijk zou worden gemotiveerd, zou in elk geval gelden dat een concrete directe rechtvaardiging wordt geboden. De aandacht die in Nederland bij de recente wetsherzieningen is gegeven aan de versterking van de procedurele positie van belanghebbenden bij een maatregel van kinderscherming, zou op deze wijze kunnen worden verklaard: door het garanderen van de wettelijke mogelijkheid tot rechterlijke toetsing van alle beslissingen die in het kader van een kinderschermingsmaatregel worden genomen, kan op verzoek van belanghebbenden bij deze toetsing door een rechter een concrete rechtvaardiging worden geboden. Het uitgangspunt van de wetgever hierbij is dat een rechter een voldoende duidelijke schriftelijke motivering dient te geven van zijn beslissing ten opzichte van de betrokkenen. De principiële vraag is echter of de versterking van de rechtspositie van betrokkenen wel tot het beoogde effect leidt, namelijk dat betrokkenen ook van deze rechtspositie gebruik maken en de versterking als zodanig ervaren.

Uit het eerder beschreven empirisch onderzoek naar OTS-beschikkingen blijkt dat in minder dan twee procent van alle OTS-beschikkingen uit 1997 hoger beroep is ingesteld. Hoewel er geen vergelijkingsmateriaal is van het aantal OTS-zaken waartegen hoger beroep is ingesteld in andere jaren of in de jaren voor de wetswijziging OTS in 1995, blijkt dat er opmerkelijk weinig hoger beroep wordt ingesteld tegen OTS-beschikkingen van kinderrechters. Van het aantal zaken in hoger beroep is slechts in vijf procent door de minderjarige (van twaalf jaar of ouder) zelf (met of zonder bijstand van een bijzonder curator) appèl ingesteld; dit betreft altijd een zaak waarbij de minderjarige met een

---

2 Zie ook hfst. 9, par. 3.

machtiging UHP is geplaatst in een gesloten setting. Zou het geringe percentage van het aantal zaken waartegen hoger beroep wordt ingesteld te maken hebben met het feit dat ouders en minderjarigen meestal niet juridisch worden bijgestaan op een zitting bij de kinderrechter (en daarom geen weet hebben van de mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep), of zou het werkelijk zo zijn dat ouders, minderjarigen en andere betrokkenen meestal berusten in de beslissing van een kinderrechter tot het opleggen van een maatregel van kinderscherming, misschien ook omdat de kinderrechter de beslissing op de zitting aan betrokkenen duidelijk maakt? Enig onderzoek hiernaar ontbreekt, waardoor het gissen blijft.

De recente wetsevaluatie van de maatregel van OTS, die in 2000 is uitgevoerd, bevestigt het gevoel dat de versterking van de rechtspositie van direct betrokkenen bij een OTS, door een verbetering en verruiming van de wettelijke mogelijkheden om beslissingen in het kader van een OTS bij de GVI of de kinderrechter te laten toetsen, niet als zodanig wordt ervaren en wordt gebruikt. Los van het feit dat het sinds de wetswijziging van de OTS in 1995, ondanks de versterking van de rechtswaarborgen van belanghebbenden bij een OTS, nog niet voor elke belanghebbende in elke situatie mogelijk is om een beslissing te laten toetsen<sup>3</sup>, blijkt dat maar relatief weinig gebruik wordt gemaakt van de rechtsingang van belanghebbenden naar de GVI en de rechter. Schriftelijke aanwijzingen, die een GVI kan geven aan een ouder met gezag of aan een minderjarige in het kader van de verzorging en opvoeding, blijken door de gezinsvoogden maar weinig te worden ingezet, ook omdat er geen duidelijke en effectieve sanctie bestaat als een aanwijzing niet wordt nageleefd. Ouders met gezag en minderjarigen lijken niet vaak gebruik te maken van het recht om tegen een schriftelijke aanwijzing bezwaar of beroep in te stellen. Hoewel het moeilijk meetbaar is gebleken hoe vaak dit nu precies voorkomt, omdat nergens eenduidig is geregistreerd hoeveel aanwijzingen worden gegeven door gezinsvoogden, zijn de cijfers van het aantal zaken die bij de kinderrechter aanhangig zijn gemaakt om een schriftelijke aanwijzing aan te vechten opvallend laag. Kinderrechters wijzen in het onderzoek op het feit dat zij conflicten tussen gezinnen en gezinsvoogden, die zij vóór de wetswijziging van 1995 informeel op het spreekuur behandelden, niet meer terug zien in de vorm van een beroep op een schriftelijke aanwijzing.<sup>4</sup> Dit terwijl men zou denken dat, in tegenstelling tot het instellen van hoger beroep tegen een OTS-beschikking van een kinderrechter, de mogelijkheid tot het instellen van beroep tegen een aanwijzing nu juist voor ouders met gezag en minderjarigen een belangrijke rechtswaarsborg oplevert, te meer daar de procedure informeel en relatief snel is en geen verplichte procesvertegenwoordiging is vereist voor de zitting bij de kinderrechter.

De juridische OTS-regeling blinkt niet uit in duidelijkheid voor het instellen van bezwaar en beroep door belanghebbenden. Voor elke beslissing verschilt het aantal beroepsgerechtigden, met andere woorden degenen die bezwaar of beroep mogen instellen (soms alleen de ouder met gezag en de minderjarige, soms ook de ouder zonder gezag of de pleegouders), waardoor een beroep op de bestuursrechter of de kort-gedingrechter wel door belanghebbenden die geen beroepsgerechtigden zijn als vluchtroute is gebruikt. Verder geldt soms dat eerst bezwaar moet worden ingediend bij de GVI, en pas vervolgens beroep mag

---

3 Zie De Savornin Lohman, Bruning e.a. (2000), par. 3.6.

4 Dit blijkt uit de interviews met kinderrechters die ik in het kader van de wetsevaluatie OTS heb gehouden.

worden ingesteld bij de kinderrechter, terwijl voor andere beslissingen direct een toegang tot de kinderrechter bestaat. Met de gejuridiseerde wettelijke regeling die sinds 1995 geldt, en die als doelstelling had om de rechtswaarborgen voor belanghebbenden bij een OTS te verbeteren, is de scheiding der machten dan wel succesvol gerealiseerd (de kinderrechter is nog slechts beslisser en is niet langer verantwoordelijk voor de uitvoering van de maatregel), maar is een ingewikkelde OTS-regeling ontstaan die voor de meeste betrokkenen te hoog gegrepen is.

Dit laatste blijkt ook uit de evaluatie van de OTS-regeling in 2000: voor ouders en minderjarigen is niet duidelijk voor welk bezwaar je naar welke instantie moet (GVI, kinderrechter of bestuursrechter).<sup>5</sup> Het onderscheid wanneer men bezwaar moet indienen en wanneer men in beroep kan gaan is zeer onduidelijk. Procedures worden met elkaar verward en ouders en minderjarigen weten over het algemeen niet eens dat zij in beroep kunnen gaan tegen bepaalde beslissingen van de GVI. Sterker nog: de meeste ouders en minderjarigen die zijn geïnterviewd hadden nog nooit van een aanwijzing gehoord. Dit alles geldt ook voor pleegouders van minderjarigen die onder toezicht zijn gesteld. *“In het algemeen heeft de wetswijziging in de praktijk dan ook geen verbetering gebracht in de rechtswaarborgen van de belanghebbenden en met name voor de doelgroep waarvoor de OTS-maatregel bedoeld is, namelijk de in hun ontwikkeling bedreigde kinderen.”*<sup>6</sup> De procedurele positie van belanghebbenden mag dan misschien in de wet wel voldoende zijn gegarandeerd, maar komt in de praktijk, zo blijkt uit de OTS-evaluatie, in elk geval onvoldoende uit de verf. *“Wettelijk is de rechtsbescherming in grote lijnen goed geregeld, maar er wordt in de praktijk door onbekendheid met de mogelijkheid geen of onvoldoende gebruik van gemaakt.”*<sup>7</sup>

Een ander opvallend resultaat van de wetsevaluatie OTS is het feit dat een meerderheid van de geïnterviewde minderjarigen van mening is dat de kinderrechter niet goed heeft uitgelegd waarom het nodig is dat een gezinsvoogd wordt toegewezen.<sup>8</sup> De helft van de jongeren heeft niet begrepen wat er op de zitting is besproken. Twee derde van de jongeren zegt overigens überhaupt geen contact te hebben gehad met de kinderrechter bij het uitspreken van de OTS. Er van uitgaande dat niet veel minderjarigen zich zullen verdiepen in de schriftelijke rechterlijke motivering die in de OTS-beschikking is opgenomen (waarschijnlijk doen ze dit vooral onder begeleiding van een toegevoegde advocaat in zaken waarin de minderjarige wordt geplaatst in een gesloten setting), blijkt uit dit resultaat dat de concrete rechtvaardiging van de OTS-maatregel voor deze jongeren niet duidelijk is. De meerderheid van de ondervraagde ouders is echter wel van mening dat de kinderrechter op de zitting heeft uitgelegd waarom het nodig is dat een OTS werd uitgesproken; zij begrepen wat er op de zitting is besproken.

Behalve de rechtspositie van ouders en minderjarigen is er de laatste jaren ook steeds meer aandacht voor de rechtspositie van pleegouders. Hoewel pleegouders (in de OTS-regeling omschreven als *‘zij die de minderjarige als beho-*

---

5 De Savornin Lohman, Bruning e.a. (2000), hfst. 10; zie ook Bruning en Steketee (2001), p. 141-142.

6 De Savornin Lohman, Bruning e.a. (2000), p. 114.

7 Zie vorige noot, p. 121.

8 De Savornin Lohman, Bruning e.a. (2000), par. 10.3; Bruning en Steketee (2001), p. 142. Alle ondervraagde minderjarigen zijn twaalf jaar of ouder.



*rende tot hun gezin verzorgen en opvoeden*’) sinds de wetsherziening van de OTS in 1995 meer bevoegdheden hebben gekregen tot het instellen van beroep, blijkt dit nog niet voor alle situaties voldoende. Zo staan pleegouders zwak bij een beslissing tot terugplaatsing of overplaatsing van hun pleegkind in het kader van een OTS vanwege het ontbreken van een juridische mogelijkheid om een ‘verplaatsing’ van hun pleegkind tegen te houden. Ook kunnen zij geen bezwaar of beroep aantekenen tegen een schriftelijke aanwijzing van de gezinsvoogd aan hun pleegkind. Zij staan in een juridisch ingewikkelde driehoeksverhouding met de GVI en de Voorziening voor Pleegzorg, die het pleegkind plaatst in het gezin, en dienen daarnaast ook rekening te houden met de rechten van ouders op bijvoorbeeld omgang met het pleegkind. Uit de wetsevaluatie OTS blijkt dat een ruime meerderheid van de ondervraagde pleegouders een blokkaderecht zou willen hebben bij een OTS-plaatsing om een terugplaatsing van hun pleegkind te kunnen tegengaan. Het verschil tussen de rechtspositie bij een vrijwillige plaatsing en bij een plaatsing na OTS is pleegouders niet duidelijk.<sup>9</sup>

Er speelt nog een ander probleem voor pleegouders van een onder toezicht gestelde minderjarige dat van meer fundamentele aard is. Dit betreft de eerder beschreven onduidelijkheid tussen de maatregelen van OTS en ontheffing.<sup>10</sup> Sinds het verdwijnen uit de wet van de maximale termijn van twee jaar voor een OTS met UHP, waarna een verlenging van de OTS met UHP slechts mogelijk was als aan één van de uitzonderingsgronden was voldaan, is er geen wettelijk ijkpunt meer om in situaties waarin de doelstelling van de OTS om tot hereniging van kind en ouders te komen niet meer kan worden nageleefd, een beslissing te nemen over de toekomst van de minderjarige. Vooral bij pleeggezinplaatsingen van jonge kinderen die onder toezicht zijn gesteld, leidt een langdurig doorlopen van een OTS met UHP tot onduidelijkheid voor alle partijen en staan pleegouders juridisch zwak ten opzichte van de GVI en de ouders. Jonge kinderen kunnen zich snel hechten aan een volwassen opvoeder en zullen zich bij een langdurige pleeggezinplaatsing afhankelijk van hun leeftijd na enkele maanden tot enkele jaren dan ook meestal gaan hechten aan hun pleegouders. Volgens velen is er in pedagogisch opzicht veel voor te zeggen om, nadat de hechting tussen kind en pleegouders tot stand is gekomen, niet langer een OTS met UHP te laten voortduren maar een gezagsontnemende maatregel (de ontheffing) uit te spreken om voor alle partijen duidelijkheid te scheppen en het pleegkind en de pleegouders meer zekerheid te bieden dat de plaatsing in de toekomst niet abrupt kan worden gewijzigd. Omdat pleegouders bij een OTS geen blokkaderecht hebben, is hun positie zwakker dan na een (gedwongen) ontheffing.

De jurisprudentie van de Hoge Raad heeft dit probleem des te nijpender gemaakt door als vast uitgangspunt te hanteren dat indien ouders bereid zijn om hun kind elders te doen opvoeden en het kind rust zullen bieden op de plek waar het is geplaatst, er niet voldoende grond is voor het opleggen van een gedwongen ontheffing. Er is dan immers niet voldaan aan de rechtsgrond dat een UHP na anderhalf jaar niet voldoende blijkt vanwege de ongeschiktheid en onmacht van ouders: als ouders een stabiele bereidverklaring hebben, zijn zij niet ongeschikt of onmachtig. Ook deze stellingname van de Hoge Raad toont weer aan dat door de rechterlijke macht gebruik wordt gemaakt van de door de wetgever beoogde beoordelingsvrijheid bij de toepassing van de ruime normen voor het

---

9 De Savornin Lohman, Bruning e.a. (2000), p. 102-103; opvallend is dat vier van de tien ondervraagde pleegouders denken dat zij een blokkaderecht hebben bij een OTS.

10 Zie uitgebreid hfst. 7, par. 3.

opleggen van een maatregel van kinderscherming. In plaats van deze ruimte te benutten om meer duidelijkheid te scheppen in de directe rechtvaardiging bij kinderscherming, door de rechtsgronden helder te interpreteren en de verschillende doelstellingen van de maatregelen te onderscheiden, wordt juist een vertroebeling bereikt van de verhouding tussen OTS en gedwongen ontheffing. Door als criterium te hanteren dat de stabiele bereidverklaring moet worden aangetoond, is een extra onzekere factor gecreëerd bij het beoordelen of een OTS met UHP volstaat of dat een gedwongen ontheffing moet worden uitgesproken.

In recent onderzoek wordt gewezen op de noodzaak om de rechtsgrond voor gedwongen ontheffing uit te breiden met een norm die betrekking heeft op de specifieke situatie van pleeggezinplaatsingen in het kader van een OTS waarbij tussen pleegouders en pleegkind een gehechtheidsrelatie is ontstaan.<sup>11</sup> Als het in het belang is van de minderjarige om deze relatie te doen voortduren, zou dit een grond dienen op te leveren voor gedwongen ontheffing van de ouders. In dat geval zou eventueel het gezag kunnen worden gelegd waar het feitelijk wordt uitgeoefend, namelijk bij de pleegouders.

Onlangs heeft de Nederlandse wetgever, na honderd jaar kinderschermingsmaatregelen, initiatief getoond met de aankondiging dat gedacht wordt over de vraag of de noodzaak bestaat om, naast de reeds bestaande maatregelen van kinderscherming, een lichtere maatregel tot ondersteuning van de opvoeding in te voeren.<sup>12</sup> Deze gedachte komt voort uit een breder denkkader waarin, ook met betrekking tot strafrechtelijk relevant gedrag van minderjarigen in relatie tot de gezinssituatie, wordt gezocht naar mogelijkheden om in individuele gevallen de interventiemogelijkheden in problematische opvoedingssituaties te vergroten. De lichte maatregel tot opvoedingsondersteuning zou dienen voor situaties waar sprake is van signalen van problemen van kinderen in de gezinssituatie (via bijvoorbeeld de school, hulpverlening en consultatiebureaus), maar waarbij een kinderschermingsmaatregel te zwaar is. Deze nieuwe maatregel zou een niet-vrijblijvend aanbod van ondersteuning bij de opvoeding inhouden dat zou liggen tussen het vrijwillige aanbod en de justitiële interventie via de civiele kinderscherming.<sup>13</sup>

De gedachte die ruim honderd jaar geleden leefde bij de invoering van de Kinderwetten, namelijk dat civielrechtelijk ingrijpen in gezinnen ter bescherming van de minderjarige ertoe kan dienen dat delinquent gedrag wordt voorkomen en zodoende de samenleving kan worden beschermd, wordt in deze discussie opnieuw aangevoerd als argument ter ondersteuning van dit initiatief. *“Uit veel wetenschappelijk onderzoek blijkt dat criminele carrières hun schaduwen vooruit werpen. Al op zeer jonge leeftijd zijn signalen van een problematische ontwikkeling waarneembaar. Het ligt in de rede juist langs deze weg intensivering na te streven. Hoe kunnen deze ontwikkelingen vroegtijdig worden onderkend en hoe kan vroegtijdig actie worden ondernomen? De minister wil de discussie over opvoedings-ondersteuning tegen deze achtergrond plaatsen als*

---

11 Cie. Weterings I (1999), p. 35-36; zie ook Weterings/Quik-Schuijt/Versteeg (2001), p. 73. Ook in het document Pleegzorg met Visie (Punselie, 2000) en de wetsevaluatie *Met recht onder toezicht gesteld* (De Savornin Lohman, Bruning e.a. (2000), p. 134) wordt gepleit voor een betere wettelijke afstemming tussen de maatregelen van OTS en ontheffing.

12 *Kamerstukken II*, 1999-2000, 27 197, nr. 1.

13 *Kamerstukken II*, 1999-2000, 27 197, nr. 1, p. 3.

*onderdeel van een integraal pakket maatregelen dat in het kader van het programma jeugdcriminaliteit is genomen.*”<sup>14</sup> De minister benadrukt de voorwaarde dat het civiele pakket van kinderbeschermingsmaatregelen beantwoordt aan de eisen van de tijd, en legt dit als volgt uit: *“Daarbij gaat het met name om een vroegtijdige reactie op problemen van kinderen die ook tot problemen van de samenleving kunnen leiden. Met de notitie niet-vrijblijvende vormen van opvoedingsondersteuning heeft de minister het belang van de opvoeding en de rol van de ouders nadrukkelijk op de voorgrond willen stellen.”*<sup>15</sup> Het lijkt met andere woorden niet in de eerste plaats om de bescherming van de minderjarige te gaan, maar om een manier voor de overheid om de niet-toereikende opvoeding van de ouders in positieve zin te beïnvloeden, zodat delinquent gedrag van jeugdigen kan worden tegengegaan.

Het is opmerkelijk dat in dit kader niet gesproken wordt over een herziening van het gehele maatregelenpakket, juist nu de vraag naar een betere afstemming van de maatregelen van OTS en ontheffing weer recent onder de aandacht is gebracht.<sup>16</sup> Ook de maatregel van ontzetting, die tegenwoordig nog maar enkele keren per jaar wordt uitgesproken, zou het verdienen te worden herzien, waarbij gedacht zou kunnen worden aan een integratie van de maatregelen van ontheffing en ontzetting tot één of twee nieuwe gezagsontnemende maatregelen.<sup>17</sup> De gedachte van de wetgever aan een nieuwe, lichte maatregel van kinderbescherming lijkt niet voort te komen uit de behoefte tot verbetering van het wettelijk stelsel van kinderbescherming, maar lijkt eerder een poging om in meer situaties dan dat nu mogelijk is in een gedwongen kader hulp te verlenen aan gezinnen met problemen. Dit wordt bevestigd door het standpunt van de minister van Justitie die, sprekend over de toepassing van een eventuele lichte maatregel, een voorbeeld noemt waarin te voorzien is dat een bepaalde gezinssituatie over enige tijd zal leiden tot een OTS. *“Het gaat hierbij om zogenoemde not serious cases. Ouders die niet vrijwillig hulp aanvaarden, kunnen via een rechterlijke uitspraak over de drempel worden geholpen”*,<sup>18</sup> aldus de minister.

Bij het initiatief van de overheid om te willen denken over een nieuwe maatregel van kinderbescherming heeft schijnbaar niet het inzicht gespeeld dat de verschillende bestaande maatregelen van kinderbescherming beter op elkaar dienen te worden afgestemd, waardoor de doelstellingen van de maatregelen kunnen worden verduidelijkt. De wetgever lijkt zich, ondanks de herhaalde onderzoeksrapporten en de verzoeken uit de juridische literatuur, nog steeds niet bewust te zijn van het feit dat de tijd rijp is voor een fundamentele en structurele herziening van het civiele maatregelenpakket. Dit valt te betreuren, want een herziening van het maatregelenpakket zou een verbetering van de directe rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezin ter bescherming van minderjarigen kunnen bewerkstelligen.

---

14 *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 197, nr. 2, p. 8.

15 *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 197, nr. 2, p. 8-9.

16 Bijv. op de expertmeeting van 16 november 2000, gehouden n.a.v. het rapport *Pleegzorg met Visie* (Trillium 2000), waar bleek dat er onder de aanwezigen grote behoefte bestaat aan een maatregel tussen OTS en ontheffing in om pleegouders een soort van dagelijks ‘verzorgings- en opvoedingsrecht’ te geven (zie Verslag Trillium Expertmeeting).

17 De cie. Wiarda pleitte in 1971 al voor samenvoeging van de ontheffing en de ontzetting tot één gezagsontnemende maatregel; Doek heeft recent gepleit voor een herziening van de ontheffing en de ontzetting in een maatregel van ‘ontslag van het gezag’ en ‘ontneming van het gezag’ (FJR 1997).

18 *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 197, nr. 2, p. 9.

#### 11.1.4 *Noodzaak tot wettelijke renovatie*

De geschetste historische stagnatie van de ontwikkeling van de maatregelen van kinderbescherming, waardoor geen efficiënte wettelijke aanpassing aan de vraag vanuit de huidige samenleving heeft plaatsgehad, heeft als gevolg dat aan het begin van het nieuwe millennium in Nederland een wettelijk systeem van kinderbescherming bestaat dat niet aan de verdragsrechtelijke eisen van deze tijd voldoet. Honderd jaar kinderbescherming heeft vooral een vasthouden aan de oorspronkelijk ingevoerde ruime kaders van het wettelijk stelsel betekend. Sinds bijna vijftig jaar is het maatregelenpakket namelijk niet gewijzigd in de zin dat er nieuwe maatregelen zijn ontstaan, de rechtsgronden zijn, hoewel enigszins aangepast aan het moderne taalgebruik, nauwelijks gewijzigd en zijn nog steeds even ruim als bij de inwerkingtreding van de maatregelen van kinderbescherming, en de doelstellingen van de verschillende maatregelen zijn wettelijk niet herzien, maar door de toepassing in de praktijk eerder vertroebeld.

De tijd heeft ondertussen niet stilgestaan, ook niet voor wat betreft het denken over het door de overheid interveniëren in gezinnen ter bescherming van kinderen. Hulpverlening in een gedwongen kader ter bescherming van de minderjarige is tegenwoordig wel voorzien van meer rechtswaarborgen voor betrokkenen, net zoals dat geldt voor andere vormen van gedwongen hulpverlening.<sup>19</sup> Het gebruik van de maatregel van OTS, dat in de afgelopen decennia steeds is toegenomen vanuit de gedachte dat zo licht mogelijk dient te worden ingegrepen in het gezinsleven, tegenover de geringe toepassing van de gezagsontnemende maatregelen, in elk geval gering vergeleken met de OTS, zou een verklaring kunnen zijn van het feit dat de wetgever in het laatste decennium een ingrijpende wetsherziening heeft doorgevoerd van de OTS-regeling, terwijl de gezagsontnemende maatregelen niet zijn gewijzigd. De wetsherziening van de maatregel tot voorlopige gezagsontneming in spoedeisende situaties (de voorlopige voogdij) komt ook voort uit de bedoeling van de wetgever om de rechtswaarborgen van betrokkenen bij een maatregel van kinderbescherming te versterken. De meer zuivere verdeling van taken tussen de RvdK als verzoeker, de kinderrechter als beslisser en de GVI en voogdij-instelling als verantwoordelijke voor de uitvoering van de maatregel is naar mijn mening echter slechts een randvoorwaarde waaraan moet zijn voldaan bij een dergelijke inbreuk in het gezinsleven. Ook de toegenomen mogelijkheden voor belanghebbenden om een beslissing opnieuw te laten toetsen door een (hogere) rechter, zijn in het wettelijk stelsel noodzakelijk om te voldoen aan de vereisten die voortvloeien uit art. 6 EVRM. Zonder wettelijke rechtvaardiging van kinderbescherming bieden de randvoorwaarden bij kinderbescherming echter niet voldoende garanties en zullen de rechtswaarborgen voor belanghebbenden weinig betekenis hebben. Belanghebbenden, in de eerste plaats de ouders en minderjarigen, verdienen het om serieus te worden genomen en de wetgever is hen dan ook een duidelijke wettelijke rechtvaardiging verschuldigd als een inbreuk wordt gemaakt op hun recht op gezinsleven.

Een fundamentele bezinning op het gehele wettelijk stelsel van kinderbescherming is dan ook noodzakelijk. Het voorgaande heeft duidelijk gemaakt dat het bij een herziening van de maatregelen van kinderbescherming nodig is

---

19 Vergelijk bijv. de rechtspositie en de rechtsbescherming van de psychiatrische patiënt in de BOPZ-regeling en de bij wetsherziening van 1995 versterkte rechtspositie van de minderjarige in het strafrecht.

dat de directe rechtvaardiging bij kinderbescherming moet worden verbeterd. Hierbij dient aandacht te worden geschonken aan de inhoud van de rechtsgronden van de maatregelen van kinderbescherming, aan de verschillende doelstellingen van de maatregelen, die de grenzen tussen de verschillende maatregelen duidelijk maken, en aan een deugdelijke rechterlijke motivering, waardoor aan de algemene directe rechtvaardiging uit de wet inhoud kan worden gegeven in een concrete gezinssituatie. In het onderstaande zal een aanzet worden gegeven tot een fundamentele herziening en verbetering van het Nederlandse kinderbeschermingsstelsel. Hierbij zal er naar gestreefd worden om de richting te verleggen van probleemgericht denken (welke feiten maken een maatregel van kinderbescherming noodzakelijk?) naar oplossingsgericht denken (welke resultaten dienen te worden bereikt met de toepassing van een maatregel van kinderbescherming?). Behalve een voorstel tot een nieuw maatregelenpakket zal de aanbeveling worden gedaan tot een verbetering van de randvoorwaarden bij de toepassing van kinderbeschermingsmaatregelen. Dit laatste zou zonder ingrijpende wetsherzieningen op korte termijn inhoud kunnen worden gegeven, terwijl voor de invoering van een nieuw maatregelenpakket meer tijd, geld en bezinning nodig zal zijn.

## 11.2 Vernieuwing van het kinderbeschermingsstelsel

### 11.2.1 Fundamentele uitgangspunten bij kinderbescherming

In de aanbevelingen ter vernieuwing van het Nederlandse stelsel van kinderbescherming en ter verbetering van de wettelijke rechtvaardiging van de overheidsinterventie in het gezinsleven ter bescherming van minderjarigen in de samenleving wordt het belang van de minderjarige centraal gesteld. Het recht van een minderjarige op bescherming heeft de hoogste prioriteit. Het recht van een minderjarige op bescherming kan worden uitgesplitst in twee richtingen, die als fundamentele uitgangspunten zullen gelden bij onderstaande voorstellen. Het recht van de minderjarige op bescherming, dat door de overheid dient te worden gegarandeerd, heeft namelijk de volgende inhoud:

1. het recht van de minderjarige op bescherming van het gezinsleven met de eigen ouders;  
*gezinnen dienen zoveel mogelijk verantwoordelijkheid te behouden over hun gezinsleven en de problemen die zich daarin voordoen. Zij hebben hiertoe soms begeleiding nodig van buitenaf; dit betekent dat zij dan, indien dit haalbaar is, eerst hulpverlening in een vrijwillig kader aangeboden moeten krijgen voordat hulpverlening in een gedwongen kader wordt gestart. Ouders dienen, zelfs bij de noodzaak tot gedwongen hulpverlening, zoveel mogelijk verantwoordelijkheid te behouden. Dit houdt ook in dat zij serieus genomen dienen te worden, evenals de (oudere) minderjarige. Zij moeten kunnen worden aangesproken op hun ontoereikende gedrag; zij hebben recht om te weten waar het op staat, ook als zij het zelf niet meer kunnen redden en (een deel van) hun eigen verantwoordelijkheid moet worden ontnomen omdat lichtere vormen van hulpverlening niet (meer) haalbaar zijn. Voorop staat dat het recht van de minderjarige op bescherming betekent dat de minderjarige zoveel mogelijk dient te worden beschermd in de eigen omgeving*

*binnen het gezin. Het garanderen van het recht op gezinsleven van ouders en kinderen verdient de grootste aandacht.*

2. het recht van de minderjarige op continuïteit en stabiliteit bij bescherming;<sup>20</sup> *minderjarigen hebben behoefte aan en daarom recht op continuïteit en stabiliteit in hun leven. Dit vloeit allereerst voort uit het eerste uitgangspunt: de scheiding tussen de minderjarige en de ouders betekent een inbreuk op dit recht en dient daarom voor alles voorkomen te worden. Als binnen het gezin echter niet voldoende continuïteit en stabiliteit kan worden geboden voor de minderjarige, kan dit tot de noodzaak leiden dat de minderjarige uit deze gezinssituatie moet worden weggehaald. Wie verantwoordelijk is voor deze situatie (ligt het probleem bij de ouders, de minderjarige, of het hele gezin?), is hierbij niet van belang. Dit betekent echter dat er dan alles aan zal moeten worden gedaan om dit recht van de minderjarige buiten het gezin te waarborgen. Voor jonge kinderen zal dan eerst gedacht moeten worden aan een nieuwe gezinssituatie waarin continuïteit en stabiliteit kan worden geboden bij de verzorging en opvoeding. Dit zou kunnen worden gerealiseerd met een pleeggezinplaatsing in de directe omgeving van de minderjarige (een zogenaamde netwerkplaatsing) of in een neutraal pleeggezin. Voor oudere minderjarigen is een pleeggezinplaatsing over het algemeen iets minder noodzakelijk, omdat hun behoefte om zich te hechten aan een volwassene persoon minder pregnant is en zij het vaak ook zonder hechtingsrelatie met hun dagelijkse verzorger en opvoeder zullen redden. De gehechtheidsrelaties die zij in hun leven hebben opgebouwd kunnen namelijk ook na de fysieke scheiding blijven bestaan. Voor jonge kinderen is juist de fysieke aanwezigheid van een hechtingsfiguur belangrijk. Het recht van elke minderjarige op continuïteit en stabiliteit bij zijn of haar verzorging en opvoeding betekent primair een versterking van het eerste uitgangspunt, namelijk dat het gezinsleven tussen ouders en minderjarige dient te worden beschermd, maar kan in een gezinssituatie waarin het belang van de minderjarige teveel wordt bedreigd, toch leiden tot een scheiding tussen ouders en minderjarigen. In dat geval dient, als het kind in een nieuw gezin terecht komt, het recht van de minderjarige in deze nieuwe gezinssituatie te worden gewaarborgd.*

Het recht van de minderjarige op bescherming van het gezinsleven met de eigen ouders kan als zodanig worden afgeleid uit de basisrechten voor minderjarigen die zijn geformuleerd in het IVRK. Zo heeft elk kind op grond van art. 9 IVRK recht op gezinsleven zonder dat een kind van zijn of haar ouders wordt gescheiden tegen hun wil, tenzij de scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind. Art. 16 IVRK bepaalt dat het recht van een minderjarige op gezinsleven betekent dat de minderjarige niet mag worden onderworpen aan willekeurige of onrechtmatige inmenging in zijn of haar gezinsleven. Ouders dragen de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de opvoeding en ontwikkeling van hun kind en de lidstaten dienen ouders hiertoe passende bijstand te bieden bij de uitoefening van deze verantwoordelijkheid (art. 18 IVRK). De verplichting van de overheid om elk kind te verzekeren van de bescherming en zorg die nodig zijn voor zijn of haar welzijn (art. 4 IVRK), impliceert in de eerste plaats dat gezin-

---

20 Ook bijv. in het kader van echtscheiding is het recht van de minderjarige op continuïteit en stabiliteit belangrijk. In de lijn van het betoog zal dit recht van de minderjarige slechts vanuit het perspectief van kindbescherming worden benaderd.

nen, indien dit nodig is, een beroep kunnen doen op ondersteuning bij de opvoeding. Het kan in een concreet geval echter ook betekenen dat het recht van de minderjarige op continuïteit en stabiliteit in de opvoeding slechts inhoud kan worden gegeven als de minderjarige in een ander gezin dan bij de eigen ouders wordt opgevoed.

De beide uitgangspunten bij kinderbescherming vloeien ook voort uit de Europese grondrechten, en dan met name het recht op eerbiediging van het respect voor gezins- en privéleven zoals dit is bepaald in art. 8 EVRM en waarvan de inhoud kan worden afgeleid uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Het Europees Hof heeft de laatste vijftientig jaar vele uitspraken gedaan die betrekking hebben op kinderbeschermingsmaatregelen. Het is in de jurisprudentie algemeen aanvaard dat “*the mutual enjoyment by parent and child of each other’s company constitutes a fundamental element of family life and domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference with the right protected by article 8.*”<sup>21</sup> De toepassing van een maatregel van kinderbescherming betekent een inbreuk op het recht op eerbiediging van het gezinsleven. Deze inbreuk is echter geoorloofd zolang aan de vereisten is voldaan die voortvloeien uit art. 8 lid 2 EVRM: de overheidsinbreuk moet bij de wet zijn voorzien<sup>22</sup>, een geoorloofd doel dienen (bescherming van minderjarigen wordt als zodanig aangemerkt) en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. In kinderbeschermingszaken levert dit laatste vereiste de belangrijkste toets bij de vraag of sprake is van een schending van art. 8 EVRM. Hierbij oordeelt het Europees Hof of de redenen die zijn aangevoerd ter rechtvaardiging van de toepassing van de maatregel van kinderbescherming relevant en voldoende zijn in het licht van de omstandigheden van het geval.<sup>23</sup> Hoewel de oorspronkelijke beslissing tot het opleggen van een maatregel van kinderbescherming meestal geen schending van art. 8 EVRM oplevert, omdat het Europees Hof de lidstaten een ruime beoordelingsvrijheid toekent, levert de verdere invulling van de maatregel wel regelmatig een schending op van het recht van ouders en kinderen op eerbiediging van het gezinsleven. Als na een UHP van de minderjarige sprake is van verdere inbreuken op de relatie tussen ouders en minderjarige, bijvoorbeeld omdat ouders de omgang met hun kind is ontzegd, toetst het Europees Hof strenger en hebben de lidstaten een kleinere beoordelingsvrijheid.<sup>24</sup>

Het Hof heeft een uitgesproken mening over het primaire uitgangspunt bij de toepassing van een maatregel van kinderbescherming: “*taking a child into care should normally be regarded as a temporary measure to be discontinued as soon as circumstances permit, and any measures of implementation of temporary care should be consistent with the ultimate aim of reuniting the natural parent and child.*”<sup>25</sup> De tijdelijkheid van de maatregel staat voorop: lidstaten moeten werken aan de hereniging tussen ouders en minderjarigen. In de eerdere uitspraken van het Europees Hof inzake kinderbescherming wordt het recht op hereniging van ouders en minderjarigen telkens benadrukt, ook al gaat het om een ernstig opvoedingstekort van het kind door toedoen van de ouders en is bij

---

21 Zie bijv. Olsson I, EHRM 24 maart 1988, r.o. 59.

22 Zie hfst. 6, par. 9.

23 Zie o.a. Johansen v. Norway, EHRM 7 augustus 1996, r.o. 64, en L. v. Finland, EHRM 27 april 2000, r.o. 118.

24 Zie vorige noot.

25 Zie o.a. Olsson I, EHRM 24 maart 1988, r.o. 81.

het opleggen van een maatregel van kinderbescherming al duidelijk dat het kind voor lange tijd elders zal moeten worden geplaatst. Zelfs al zou het in dergelijke situaties in het belang van de minderjarige zijn om in een nieuw (pleeg)gezin op te groeien, ook gezien het recht van het kind op eerbiediging van zijn of haar nieuw opgebouwde gezinsleven met pleegouders, dan nog wordt door het Europees Hof de noodzaak tot ultieme hereniging van ouders en kind benadrukt. Het EVRM is dan ook wel meer een ‘ouderrechtenverdrag’ dan een ‘kinderrechtenverdrag’ genoemd.<sup>26</sup> Het standpunt van het Hof dat een maatregel van kinderbescherming in beginsel tijdelijk dient te zijn, komt overeen met het eerste uitgangspunt, namelijk dat het recht op gezinsleven boven alles gerespecteerd en gegarandeerd dient te worden.

In de meer recente uitspraken van het Europees Hof valt echter een toenemende aandacht te constateren voor het recht van de minderjarige op continuïteit en stabiliteit, ook als dat betekent dat dit recht het best gewaarborgd kan worden in het pleeggezin waar de minderjarige is geplaatst en daarom hereniging met ouders niet kan worden gerealiseerd.<sup>27</sup> Hoewel de ultieme doelstelling bij kinderbescherming de hereniging tussen ouders en kind blijft, dient hierbij een afweging te worden gemaakt tussen het belang van het kind om met een kinderbeschermingsmaatregel elders op te groeien en het belang van ouders en kind om met elkaar te worden herenigd. *“In carrying out this balancing exercise, the Court will attach particular importance to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent. In particular, the parent cannot be entitled under article 8 to have such measures taken as would harm the child’s health and development.”*<sup>28</sup> Bij de beoordeling door het Europees Hof over wat het meest in het belang is van de minderjarige, wordt de mening van de minderjarige zelf serieus genomen indien deze in staat is tot een redelijke waardering van zijn of haar belangen. Zo was de mening van een veertienjarig meisje, dat altijd duidelijk had aangegeven dat zij in haar pleeggezin wilde blijven wonen, doorslaggevend in de belangenafweging die het Hof heeft gemaakt.<sup>29</sup> Bij jonge kinderen die met een maatregel van kinderbescherming in een pleeggezin zijn geplaatst, houdt het Hof rekening met de behoefte van het kind op continuïteit en stabiliteit in de verzorging en opvoeding. In een zaak waar een meisje van zeven jaar sinds enige tijd met een maatregel van kinderbescherming in een pleeggezin was geplaatst en er juist een hechtingsproces tot stand was gekomen met de pleegouders, heeft het Hof geoordeeld dat *“it was in the child’s best interests that the process of establishing bonds with her foster parents was not disrupted... she was at a stage of her development when it was crucial that she live under secure and emotionally stable conditions.”*<sup>30</sup> Dit kan ertoe leiden dat het recht van de minderjarige op een stabiele opvoedingssituatie zwaarder weegt dan het recht op hereniging van de ouders met het kind. Dit komt overeen met het tweede door mij geformuleerde uitgangspunt.

26 Zie hierover o.a. Smith (1993).

27 Zie over de toetsing van de jurisprudentie van het Europees Hof aan de wens om in plaats van een langdurig doorlopende OTS met UHP voor jonge kinderen in pleeggezinnen de maatregel van gedwongen ontheffing toe te passen o.a. De Bruijn-Lückers (2000) en De Boer in zijn annotatie onder HR 7 april 2000, NJ 2000, 563.

28 Johansen v. Norway, EHRM 7 augustus 1996, r.o. 78, L. v. Finland, EHRM 27 april 2000, r.o. 122.

29 Bronda v. Italy, EHRM 9 juni 1998, r.o. 62. Zie ook L. v. Finland, EHRM 27 april 2000, r.o. 127.

30 Johansen v. Norway, EHRM 7 augustus 1996, r.o. 80.



Uit de beide uitgangspunten, waarin het recht van de minderjarige op bescherming centraal staat, valt het onderstaande derde fundamentele uitgangspunt af te leiden, dat een wettelijke rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezinsleven van ouders en minderjarige door de toepassing van een maatregel van kinderbescherming garandeert. Dit laatste uitgangspunt houdt een uitwerking in van de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit, zoals deze ook volgens het Europees Hof voortvloeien uit art. 8 lid 2 EVRM, in het bijzonder uit de voorwaarde dat een inbreuk op het recht op respect voor gezinsleven pas gerechtvaardigd is als dit noodzakelijk is in een democratische samenleving.

3. directe rechtvaardiging van overheidsinterventie ter bescherming van de minderjarige;

*er moet een minimale grens zijn bereikt voordat gedwongen hulpverlening gerechtvaardigd kan worden in een concrete gezinssituatie. Van belang daarbij is een tweetal factoren: de minderjarige heeft gezien de ontwikkeling van zijn of haar persoonlijkheid of in het belang van zijn of haar gezondheid bescherming nodig en lichter ingrijpen ter bescherming van de minderjarige moet niet mogelijk zijn. Is aan deze voorwaarden voldaan, dan dient een verdere rechtvaardiging te worden geboden van de gedwongen hulpverlening door middel van de vraag of het te verwachten resultaat met een maatregel van kinderbescherming groter is dan wanneer er geen maatregel of een andere maatregel wordt opgelegd. Met andere woorden: het gekozen middel dient binnen de gekozen interventie in verhouding te staan tot het probleem en mag dan ook niet disproportioneel zijn in het licht van het probleem en de beoogde doelstelling (dit geldt nadrukkelijk ook voor het gekozen middel binnen het aanbod van vrijwillige hulpverlening). De na te streven concrete doelstellingen dienen dan ook in duidelijke taal te worden verwoord, zowel theoretisch op grond van de wet als concreet op grond van een deugdelijke rechterlijke motivering.*

De drie hierboven geformuleerde fundamentele uitgangspunten bij kinderbescherming zullen ten grondslag liggen aan de aanzet die zal worden gegeven tot een fundamentele herziening van het systeem van kinderbescherming. Deze herziening is zoals eerder genoemd noodzakelijk om te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de vereisten van art. 8 EVRM en van het IVRK. Hierna volgt een aantal voorstellen tot verbetering van het kinderbeschermingsstelsel in Nederland, dat in twee delen zal worden gepresenteerd. Eerst zal een aantal voorstellen worden gedaan tot een verbetering van het klimaat van kinderbescherming, met andere woorden een verbetering van de randvoorwaarden die moeten gelden voor een wettelijk stelsel van kinderbescherming dat voldoende gerechtvaardigd is. Deze voorstellen zouden op korte termijn kunnen worden gerealiseerd, zonder dat ingrijpende wetsherzieningen nodig zijn. Vervolgens zullen in het tweede deel meer fundamentele aanbevelingen worden gepresenteerd, die een herziening van het huidige civiele maatregelenpakket beogen. Naar mijn mening kan zonder deze fundamentele herziening van het maatregelenpakket niet voldoende inhoud worden gegeven aan de drie hierboven geformuleerde uitgangspunten bij kinderbescherming en is sprake van een onvoldoende directe rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezinsleven te bescherming van de minderjarige. Een daadwerkelijke

inhoudelijke herziening van de maatregelen van kinderbescherming zal echter, in tegenstelling tot de voorstellen ter verbetering van het klimaat van kinderbescherming, meer tijd, bezinning, geld en vooral politieke bereidheid vergen. Met dit alles valt desondanks te hopen dat uitdrukkelijk een fundamentele heroverweging van het Nederlandse kinderbeschermingsstelsel zal worden gestimuleerd.

### *11.2.2 Naar een nieuw klimaat van kinderbescherming*

De minimale garanties voor belanghebbenden bij een maatregel van kinderbescherming die voortvloeien uit het eerder geformuleerde uitgangspunt van directe rechtvaardiging van overheidsinterventie, kunnen op een aantal punten worden verbeterd. De randvoorwaarden bij het stelsel van kinderbescherming die in Nederland al bestaan, zijn beschreven in hoofdstuk vijf en betreffen bijvoorbeeld de scheiding der rechtsprekende en uitvoerende macht bij een OTS, de externe toetsing van bepaalde beslissingen van de GVI bij een OTS en de mogelijkheid voor belanghebbenden tot een hernieuwde rechterlijke toetsing van een eerder genomen beslissing inzake een maatregel van kinderbescherming. Mijns inziens dienen voor een voldoende rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezinsleven van ouders en kinderen enkele andere minimale garanties te worden ontwikkeld. De hieronder beschreven voorstellen tot verbetering van het huidige klimaat van kinderbescherming in Nederland zouden op korte termijn kunnen worden uitgevoerd, waardoor de rechtvaardiging zou kunnen worden verbeterd en de andere twee geformuleerde uitgangspunten van kinderbescherming, namelijk het waarborgen van het recht van de minderjarige op gezinsleven met de eigen ouders en het recht op de minderjarige van continuïteit en stabiliteit bij bescherming door de overheid, inhoud zou kunnen worden gegeven.

- *Verantwoordelijkheid gezinnen versterken*

De eigen verantwoordelijkheid van gezinnen dient in onze samenleving zoveel mogelijk te worden gestimuleerd en ondersteund. Op grond van de rechten die zijn geformuleerd in het IVRK heeft de Nederlandse overheid de verplichting om ouders te ondersteunen in hun verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van hun kind. Daartoe dient passende bijstand aan ouders te worden verleend bij de uitoefening van hun verantwoordelijkheden die de opvoeding van de minderjarige betreffen en dient de ontwikkeling van instellingen, voorzieningen en diensten voor kinderzorg te worden gewaarborgd. Dit alles vloeit voort uit art. 18 lid 2 IVRK. De bemoeienis van de overheid met het gezinsleven begint dan ook niet pas op het moment dat sprake is van een interventie in dit gezinsleven in de vorm van het opleggen van gedwongen hulpverlening, namelijk een maatregel van kinderbescherming. De verplichting van de overheid om de ouders te ondersteunen en stimuleren in de verzorging en opvoeding van hun kind betekent in de eerste plaats dat deze verplichting door wetgeving en beleid geoperationaliseerd dient te worden in de vorm van bijvoorbeeld een voldoende

aanbod van pedagogische en psycho-medische voorzieningen en subsidies.<sup>31</sup> Dit kan ook preventief werken in de zin dat overheidsinterventie in de vorm van gedwongen hulpverlening hiermee wordt voorkomen of wordt verminderd.

Ook als sprake is van problemen in het gezin, dient allereerst de eigen verantwoordelijkheid van het gezin te worden benadrukt en versterkt. Hiermee wordt primair bedoeld de eigen verantwoordelijkheid van gezinnen om zonder hulpverlening in een gedwongen kader oplossingen te vinden voor de gezinsproblematiek van de ouders en de minderjarige, op grond waarvan de minderjarige bescherming nodig heeft. Het recht van een minderjarige op een ongestoord gezinsleven met de ouders impliceert dat als sprake is van gezinsproblematiek, de ouders samen met de minderjarige verantwoordelijk zijn om deze problemen het hoofd te bieden. In dat geval hoeft niet te worden gedacht aan een maatregel van kinderscherming, maar kan vrijwillige hulpverlening een uitkomst bieden. Pas als duidelijk is dat gezinnen het zelf niet redden en vrijwillige hulpverlening ook geen haalbare optie is, bestaat voldoende grond om een verzoek in te dienen tot het uitspreken van een (in eerste instantie lichte) maatregel van kinderscherming.

Hoewel dit in het huidige recht en in de rechtspraak al als uitgangspunt wordt aangenomen, kan naar mijn mening de verantwoordelijkheid van gezinnen worden versterkt en gestimuleerd. De voorwaarde voor het opleggen van een OTS dat vrijwillige hulpverlening moet hebben gefaald of, naar is te voorzien, zal falen, kan meer inhoud worden gegeven. Deze opvatting wijkt dan ook af van die van de huidige minister van Justitie, waar deze de 'not serious enough cases', te weten ouders die niet vrijwillig hulp aanvaarden, via een rechterlijke uitspraak tot het opleggen van een lichte maatregel van kinderscherming over de drempel wil helpen.<sup>32</sup> Juist in deze zaken zou hulpverlening in een vrijwillig kader mijns inziens een extra kans moeten krijgen door ouders op de verschillende mogelijkheden te wijzen en hen betrokken te houden bij een vrijwillig hulpverleningstraject voor hun kind.<sup>33</sup>

Als de mogelijkheden voor ouders en minderjarigen om door inschakeling van vrijwillige hulpverlening een maatregel van kinderscherming te voorkomen worden verruimd, en een strengere toetsing plaatsvindt van de voorwaarde dat lichter ingrijpen niet (meer) mogelijk is voordat een maatregel van kinderscherming mag worden opgelegd, betekent dit een verzwaring van de rechtsgrond voor hulpverlening in een gedwongen kader met een OTS. Het gaat dan vooral om gezinnen die moeite hebben om zelf de vrijwillige hulpverleningskaart te leren kennen en de weg te vinden naar de juiste vorm van hulpverlening of om zelf de stap te zetten richting vrijwillige hulpverlening, maar die na stimulering door derden en onder begeleiding bereid zijn om een vrijwil-

---

31 Zie uitgebreid J.C.M. Willems (1998) die, uitgaande van een model waarin de primaire opvoedingsverantwoordelijkheid bij de ouders rust, en de secundaire opvoedingsverantwoordelijkheid bij de staat, benadrukt dat op de staat de algemene verplichting rust om een tekort aan pedagogisch besef bij de ouders te compenseren door middel van opvoedingsondersteuning, opvoedingsonderwijs en opvoedingsgeld. Op de staat berust immers een algemene verplichting tot de opbouw en instandhouding van een (preventief) sociaal-pedagogisch stelsel (hfst. 14).

32 Deze zienswijze van de minister van Justitie is verwoord tijdens de discussie over de eventuele invoering van een lichte maatregel van kinderscherming; zie *Kamerstukken II*, 2000-20001, 27 197, p. 9.

33 Door Versteeg en Weterings (2000) wordt terecht gewezen op de noodzaak om te (blijven) controleren of het vrijwillige hulpverleningstraject voor de minderjarige voldoende bescherming biedt en of ouders ook daadwerkelijk meewerken aan de hulpverlening.

lig hulpverleningstraject te starten. Voor deze gezinnen is het relatief ‘eenvoudig’ om een maatregel van kinderscherming (een OTS) uit te spreken door te stellen dat de minderjarige bescherming nodig heeft en vrijwillige hulpverlening geen haalbare kaart is (gebleken), simpelweg omdat de ouders en/of de minderjarige wel inzien dat er iets moet gebeuren, maar niet zelf een oplossing hebben gevonden in een vrijwillig kader. Als echter begeleiding wordt geboden bij het vinden naar geschikte vormen van hulpverlening en de eigen verantwoordelijkheid van de ouders en minderjarige wordt gestimuleerd buiten het kader van gedwongen hulpverlening, zou het recht op respect voor gezinsleven op deze wijze worden gewaarborgd. Hierbij dient het proportionaliteitsbeginsel in acht te worden genomen. Ook voor het aanbod van vrijwillige hulpverlening geldt namelijk dat het gekozen middel in verhouding dient te staan tot het probleem en de beoogde doelstelling, en dat de gekozen vorm van hulpverlening in een vrijwillig kader voor een bepaald gezin dan ook het meest geschikt en gepast is voor hun probleem. De overheid dient de minderjarige de bescherming en zorg te bieden die nodig zijn voor zijn of haar welzijn, terwijl rekening wordt gehouden met de rechten en plichten van zijn of haar ouders.<sup>34</sup>

Het is niet de bedoeling hier de indruk te wekken dat er binnen de vrijwillige jeugdhulpverlening niet alles aan wordt gedaan om justitiële jeugdbescherming te voorkomen. Integendeel, er zijn recent diverse projecten ontwikkeld die zich richten op gezinssituaties waarin een maatregel van OTS dreigt. Te denken valt bijvoorbeeld aan *Families First*, een vorm van zeer intensieve gezinsbegeleiding voor de duur van ongeveer twee maanden voor gezinnen in een crisissituatie waar een minderjarige uit huis dreigt te worden geplaatst. De begeleiding richt zich op het kortdurend intensief begeleiden van het gezin, waarna zoveel mogelijk beroep wordt gedaan op buurt- en gezinsnetwerken om het gezin verder te steunen. Via de RvdK kan een gezin worden aangemeld voor deze hulpverleningsmethodiek. Ouders krijgen van de RvdK de keuze om deze hulpverlening te accepteren of geconfronteerd te worden met een verzoek tot UHP van hun kind(eren).<sup>35</sup>

Ook de RvdK gaat in zijn werkwijze uit van het principe dat zo licht mogelijk ingegrepen dient te worden in het gezinsleven van ouders en kinderen. De afgelopen jaren is in iets minder dan 60% van alle meldingen die bij de RvdK zijn binnengekomen over opvoedingsproblemen door de RvdK een maatregelverzoek ingediend. Dit is bijna altijd een verzoek tot een (voorlopige) OTS met of zonder machtiging UHP. In 2000 is van alle meldingen over opvoedingsproblemen voor 56% een verzoek tot een (voorlopige) OTS (met UHP) ingediend<sup>36</sup>, in 1% een verzoek tot een ontheffing en in minder dan 0,1 % (in totaal vijf keer) een verzoek tot ontzetting.<sup>37</sup> In de nieuwe beleidsregels van de RvdK met betrekking tot de werkwijze (het zogenaamde *Normen 2000*) is als een van de uitgangspunten in beschermingszaken opgenomen dat “*waar mogelijk en voor zover het belang van de minderjarige zich daar niet tegen verzet, gezocht wordt naar oplossingen die de ouders (weer) in staat stellen hun primaire ver-*

---

34 Zie art. 3 lid 2 IVRK.

35 Zie *Kamerstukken II*, 1999-2000, 27 971, nr. 1; andere hier genoemde inspanningen die zijn gedaan om een verzoek tot OTS te voorkomen zijn de Video Hometraining (een vorm van gezins-training om ouders te confronteren met en te adviseren over hun opvoedingsstijl) en de Intensieve Gezinsbegeleiding die door de jeugdzorg in Nijmegen is ontwikkeld (p. 7-8).

36 16% betreft een verzoek tot OTS met machtiging UHP.

37 De cijfers van de jaren 1998 en 1999 wijken hier in dit opzicht nauwelijks van af; de gegevens zijn afkomstig van het Hoofdkantoor van de RvdK.

*antwoordelijkheid voor de verzorging, opvoeding en ontwikkeling van de minderjarige zelfstandig te dragen.*"<sup>38</sup> Bij de geformuleerde beleidsuitgangspunten voor de keuze van een aan de kinderrechter te verzoeken maatregel van kinderscherming worden onder andere als factoren genoemd de toekomstige mogelijkheden van de ouders met betrekking tot de verzorging en opvoeding van de minderjarige en de verwachting ten aanzien van het effect van de maatregel en, waar aan de orde, continuering van eerder in het vrijwillige kader verleende hulp. Dit alles wijst er op dat de RvdK als vast uitgangspunt hanteert dat ouders bij opvoedingsproblemen van hun kind zoveel mogelijk eigen verantwoordelijkheid dienen te behouden. Het is in het belang van alle betrokkenen zaak om deze beleidsuitgangspunten voortdurend in de praktijk te brengen.

### *Bureaus Jeugdzorg*

Met de recente vorming van de Bureaus Jeugdzorg en de totstandkoming van de Wet op de Jeugdzorg worden nieuwe en betere mogelijkheden geboden om uitvoering te geven aan de garantie op het behoud van de eigen verantwoordelijkheid van ouders en minderjarigen die hulp nodig hebben. Onder jeugdzorg verstaat de overheid het volgende: *"jeugdzorg biedt ondersteuning, hulp en bescherming aan jeugdigen en ouders bij opgroei- en opvoedingsvragen van geestelijke, sociale of pedagogische aard die de ontwikkeling naar volwassenheid belemmeren."*<sup>39</sup> Het begrip jeugdzorg omvat zowel vrijwillige hulpverlening als gedwongen interventie om hulp in het belang van de jeugdige mogelijk te maken. De beleidskeuze om jeugdzorg voor een ieder wettelijk te garanderen, komt voort uit de gedachte dat *"in situaties waarin dat voor de ontwikkelings- en opgroeisituatie van de jeugdige noodzakelijk bevonden wordt, de jeugdige niet alleen het recht behoort te hebben op bescherming door het uitspreken van een juridische maatregel van kinderscherming, maar ook op opvang, opvoeding en verzorging en hulpverlening, zoals geboden wordt door de jeugdhulpverlening."*<sup>40</sup> Het recht op jeugdzorg, dat het uitgangspunt zal vormen van de Wet op de Jeugdzorg, is niet ongeclausuleerd maar houdt een recht op geïndiceerde jeugdzorg in. De jeugdzorg is aanvullend op de algemene voorzieningen voor de jeugd, zoals onderwijs, gezondheidszorg en een veilige omgeving.

In het beleidskader van de Wet op de Jeugdzorg wordt benadrukt dat het recht van ouders en minderjarigen op gezinsleven voorop staat. *"De overheid heeft tot taak optimale voorwaarden te scheppen om de ouders in staat te stellen hun taak als opvoeder zo goed mogelijk te vervullen. De jeugdzorg is aanvullend op de zorg van ouders en andere belangrijke personen rond de jeugdige... in de jeugdzorg moet de jeugdige met zijn hulpvraag centraal staan. De positieve mogelijkheden van jeugdigen en ouders moeten worden gestimuleerd."*<sup>41</sup> Als uitgangspunt voor de jeugdige en de ouders wordt in het beleidskader dan ook onder andere geformuleerd dat problemen van jeugdigen en ouders in een zo vroeg mogelijk stadium moeten worden gesignaleerd en beoordeeld en dat jeugdigen en ouders volledig moeten zijn geïnformeerd over, en betrokken zijn bij, de te doorlopen stappen, de voortgang, de te nemen beslissingen en de rechten en plichten voortvloeiend uit deze beslissingen.

---

38 Normen 2000, p. 30.

39 Kamerstukken II, 1999-2000, 26 816, nr. 13, p. 6.

40 Zie vorige noot.

41 Kamerstukken II, 1999-2000, 26 816, nr. 13, p. 4.

Met de Wet op de Jeugdzorg wordt één toegang tot de jeugdzorg gewaarborgd in de vorm van het Bureau Jeugdzorg. In het Bureau Jeugdzorg is de toegang tot de jeugdhulpverlening, de justitiële jeugdinrichtingen in het kader van een civiele kinderbeschermingsmaatregel, de jeugd-GGZ (geestelijke gezondheidszorg voor jeugdigen) en de jeugd-LVG (zorg voor jeugdigen met een licht verstandelijke handicap) ondergebracht. Beoogd wordt om een transparanter en meer vergelijkbaar zorgaanbod te garanderen. Elke hulpvraag wordt centraal gescreend en kan leiden tot een indicatiestelling en zorgtoewijzing op basis van de hulpvraag van de jeugdige. *“Ten eerste vormt het Bureau Jeugdzorg de toegang tot de geïndiceerde jeugdzorg. Het bureau verduidelijkt onafhankelijk en objectief de hulpvraag van jeugdigen met hen en vertaalt deze in de indicatie voor de gewenste zorg. Ten tweede ondersteunt en begeleidt het bureau de cliënt tijdens het hulpverleningsproces door middel van casemanagement. Ten derde heeft het Bureau Jeugdzorg tot taak te voorkomen dat jeugdigen in de geïndiceerde jeugdzorg terechtkomen.”*<sup>42</sup> Het Bureau Jeugdzorg kan zelf licht-ambulante hulp bieden die vrij toegankelijk is en waarvoor geen indicatiestelling nodig is.<sup>43</sup>

Ook de aanmeldingen voor de RvdK lopen via het Bureau Jeugdzorg. De RvdK zal na de screening van het Bureau Jeugdzorg en de doorverwijzing zelf onderzoeken of een verzoek van het Bureau Jeugdzorg om onderzoek te plegen naar de gronden voor een eventuele maatregel van kinderbescherming voldoende grond heeft. Vervolgens zal de RvdK eventueel na gezinsonderzoek een verzoek tot een maatregel van kinderbescherming indienen bij de kinderrechter. De uitvoering van de maatregel door de GVI of de voogdij-instelling zal weer onder het Bureau Jeugdzorg vallen.

Een voordeel van het integreren van diverse hulpverleningsvormen voor minderjarigen in één centrale toegang is dat de cliënt duidelijkheid wordt geboden waar moet worden aangeklopt met een hulpvraag. De cliënt kan snel de meest passende hulp krijgen vanwege het grote hulpaanbod. Verder kan de afweging of hulpverlening in een gedwongen kader nodig is beter worden gemaakt, omdat er verschillende disciplines zijn vertegenwoordigd in het indicatieteam.<sup>44</sup> Het gevaar dat een vrijwillige hulpvraag gemakkelijk leidt tot een verzoek aan de kinderrechter om een maatregel voor kinderbescherming wordt voorkomen door de RvdK als onafhankelijk orgaan te laten opereren. Het Bureau Jeugdzorg kan slechts bij de RvdK een verzoek indienen tot het instellen van onderzoek naar een gezinssituatie. De RvdK blijft verantwoordelijk voor de uiteindelijke beslissing tot het instellen van onderzoek en tot het indienen van een maatregelverzoek. Ook biedt het Bureau Jeugdzorg de waarborg dat er niet langer sprake hoeft te zijn van een gat in de hulpverlening als vrijwillige hulpverlening niet voldoende blijkt en een verzoek tot een maatregel van kinderbescherming wordt voorbereid. Een veel gehoord knelpunt van het huidige stelsel is namelijk dat de vrijwillige hulpverlening wordt gestaakt als een problematische gezinssituatie wordt doorverwezen naar de RvdK, waardoor de hulpverlening een aantal maanden kan wegvallen totdat door de kinderrechter een maatregel van kinderbescherming wordt uitgesproken.<sup>45</sup>

---

42 *Kamerstukken II*, 2000-2001, 26 816, nr. 33, p. 3.

43 Het gaat dan om maximaal drie gesprekken uit het oogpunt van klantvriendelijkheid; *Kamerstukken II*, 2000-2001, 26 816, nr. 33, p. 1.

44 Zie ook Van Yperen/Popeyus (2000), p. 33.

45 Dit knelpunt is ook gesignaleerd in de wetsevaluatie OTS; zie De Savornin Lohman, Bruning e.a. (2000), p. 68.

Het recht van ouders en minderjarigen op respect voor hun gezinsleven door de mogelijkheden van vrijwillige hulpverlening te versterken en de grond voor gedwongen hulpverlening te verzwaken, kan in de nieuwe Bureaus Jeugdzorg beter worden geïmplementeerd dan in de situatie waar een melding direct bij de RvdK binnenkomt. Omdat alle hulpvragen, ook de vragen naar hulpverlening in een gedwongen kader met een maatregel van kinderscherming, eerst binnen het Bureau Jeugdzorg worden gescreend, kan voor elke zaak een afgewogen, interdisciplinair oordeel worden gegeven over de vraag of vrijwillige hulpverlening een haalbare optie is. Hierbij is het uitgangspunt dat ouders en minderjarigen zoveel mogelijk verantwoordelijkheid behouden en de jeugdzorg aanvullend dient te zijn op de zorg van ouders voor hun kind. In de situatie, waar meldingen direct bij de RvdK binnenkomen, ligt het gevaar in de dreiging van het te snel bij de kinderrechter indienen van een verzoek tot een maatregel van kinderscherming, omdat in sommige situaties nu eenmaal hulp nodig is en ouders misschien ook wel bereid zijn om in een gedwongen kader hulp te aanvaarden. De RvdK heeft minder mogelijkheden tot het inschakelen van vrijwillige hulpverleningsvormen, ook vanwege het praktische probleem dat vrijwillige hulpverlening vaak wordt gestaakt op het moment dat de RvdK een onderzoek start naar een gezinssituatie, dan de nieuwe Bureaus Jeugdzorg dit hebben. Daarom kunnen de Bureaus Jeugdzorg bij het vooropstellen van de eigen verantwoordelijkheid van ouders en minderjarigen zorgen voor een efficiënter gebruik van vrijwillige (geïndiceerde) hulpverleningsvormen en voor een betere selectie van zaken die worden doorgestuurd naar de RvdK.

#### *Vrijwillige hulpverleningscontracten*

Voor de Bureaus Jeugdzorg zijn enkele nieuwe vormen denkbaar waarin de eigen verantwoordelijkheid van ouders en minderjarigen meer expliciet kan worden benadrukt. Ik denk dan in de eerste plaats aan het gebruik van vrijwillige hulpverleningscontracten, zoals deze bijvoorbeeld in Canada bestaan.<sup>46</sup> Tussen ouders, oudere minderjarigen en een Bureau Jeugdzorg zou een vrijwillig hulpverleningscontract kunnen worden opgesteld om duidelijke afspraken te maken omtrent de zorg voor een minderjarige. Op deze wijze kan de betrokkenheid van partijen in een hulpverleningstraject worden gestimuleerd en kunnen vooraf concrete afspraken worden gemaakt over de na te streven doelen van de hulpverlening. Ouders en minderjarigen worden op actieve wijze betrokken bij het denken over de juiste vorm van hulpverlening voor de minderjarige en zodoende wordt op constructieve wijze een samenwerking gestimuleerd tussen het Bureau Jeugdzorg en ouders en oudere minderjarigen.

Het gebruik van hulpverleningscontracten in de kinderscherming is niet onbekend. Zo heeft Hermanns onlangs in een rapport, dat is opgesteld in opdracht van Vedio, gepleit voor het gebruik van hulpverleningsovereenkomsten tussen de GVI en ouders en minderjarigen bij een OTS.<sup>47</sup> Er worden vele voordelen genoemd, zoals het feit dat een niet-vrijblijvend kader wordt geschapen voor de beoogde veranderingen in de opvoeding en/of de opvoedingssituatie. Door het concretiseren, ordenen en prioriteren van de beoogde veranderingen zou bij de

---

46 Zie hfst. 10, par. 2.3.2.

47 Hermanns (2000), p. 26-29; zie ook hfst. 7, par. 5. Punselie (FJR 2000) ziet, in afwachting van mogelijke wijzigingen in het kinderschermingsrecht, belangrijke voordelen bij het gebruik van convenanten in situaties waarin de minderjarige met een OTS langdurig in een pleeggezin is geplaatst (pleegzorg als module in een zorgprogramma).

cliënt overzicht en inzicht ontstaan en zou voor alle partijen duidelijkheid ontstaan over de vraag welke veranderingen noodzakelijk zijn om de OTS op te heffen. Tenslotte zou op deze wijze vanaf het begin duidelijk worden gewerkt aan een samenwerkingsrelatie met het gezin en zou de stress die ontstaat door het interveniërende karakter van de OTS met het gebruik van een hulpverleningsovereenkomst kunnen worden gereduceerd.

Naar mijn mening is het gebruik van hulpverleningscontracten na het uitspreken van een maatregel van kinderbescherming misschien nuttig ter concretisering en verduidelijking van de na te streven doelen in een concrete gezinssituatie, maar principieel een stap te ver. Het opstellen van hulpverleningscontracten zou in een vrijwillig kader moeten geschieden, omdat dan sprake is van minder ongelijkwaardige partijen. In het kader van een maatregel van kinderbescherming, waarbij ouders en minderjarigen juridisch worden gedwongen om mee te werken aan de uitvoering van de maatregel zoals de GVI of de voogdijinstelling dit voor ogen heeft, biedt een hulpverleningsovereenkomst dan misschien wel duidelijkheid, maar staan ouders en minderjarigen in een onevenredige verhouding tot de hulpverlener en is van het behoud van eigen verantwoordelijkheid van ouders en minderjarigen eigenlijk geen sprake. De relatie tussen de betrokkenen en de instelling die verantwoordelijk is voor de uitvoering van een maatregel van kinderbescherming is zodanig, dat een hulpverleningscontract voor ouders weinig inhoudelijke betekenis heeft. In feite is er geen verschil tussen een dergelijk contract en een hulpverleningsplan dat door alle partijen wordt ondertekend. Juist in de fase voorafgaand aan een maatregelverzoek biedt het gebruik van een hulpverleningscontract belangrijke voordelen; ouders en Bureau Jeugdzorg kunnen op gelijkwaardige voet afspraken maken die ertoe kunnen leiden dat een maatregel niet nodig is. Mochten de afspraken die worden gemaakt, niet worden nageleefd, dan kan dit aanleiding geven om de zaak alsnog door te spelen aan de RvdK. In dat geval hebben de ouders en de minderjarige in elk geval een eerlijke kans gehad om met behoud van de eigen verantwoordelijkheid naar oplossingen te zoeken voor hun gezinsproblematiek.

Ook voor minderjarige adolescenten vanaf de leeftijd van zestien jaar zou het mogelijk moeten zijn om zelfstandig een vrijwillig hulpverleningscontract af te sluiten zonder dat ouders daarbij te hoeven worden betrokken.<sup>48</sup> Als de jongere zelfstandig wil handelen en zijn leven naar eigen inzicht in wil richten en hij of zij daartoe bekwaam is, zou de mogelijkheid moeten bestaan om samen met het Bureau Jeugdzorg of een aanbieder van hulpverlening een hulpverleningscontract te sluiten. De leeftijd van zestien jaar sluit aan bij de regeling zoals deze geldt voor geneeskundige behandelingsovereenkomsten, waarin zestien- en zeventienjarigen die in staat zijn tot een redelijke waardering van hun belangen zonder toestemming van ouders een geneeskundige behandelingsovereenkomst kunnen aangaan (art. 7:450 BW). Een oudere minderjarige heeft het recht om serieus te worden genomen; dit recht zou op deze wijze inhoud kunnen worden gegeven. Ook zou de doelstelling worden verduidelijkt voor het bieden van hulp aan een minderjarige die niet meer met de ouders wil of kan worden herenigd. De mogelijkheid om bij een OTS te werken aan de zelfstandigheid van de minderjarige in plaats van aan de hereniging met ouders (art. 1:257 lid 3 BW) is een compromis van de wetgever geweest dat in de praktijk nauwelijks lijkt te wor-

---

48 Ook in Canada kunnen minderjarigen vanaf zestien jaar zelfstandig een vrijwillig hulpverleningscontract aangaan, waarbij wel een *plan for independence* wordt opgesteld; zie hfst. 10, par. 2.3.2 en 3.2.3.



den toegepast. Waarschijnlijk komt dit ook omdat er geen leeftijdsgrens is genoemd en dit er, in tegenstelling tot de oorspronkelijke bedoeling om de regeling ook toepasselijk te laten zijn op zelfstandige minderjarigen jonger dan zestien jaar, eerder toe lijkt te leiden dat in minder gevallen van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt.<sup>49</sup> In de fase vóór het uitspreken van een maatregel van kinderscherming zouden met een minderjarige adolescent door middel van het gebruik van een hulpverleningscontract duidelijke afspraken kunnen worden gemaakt. Indien deze door de minderjarige niet worden nageleefd, kan dit een grond opleveren om toch een maatregelverzoek in te dienen, waarna de minderjarige vanzelfsprekend minder verantwoordelijkheid behoudt voor het oplossen van zijn of haar problemen.

### *Kinderbeschermingsbemiddeling*

Behalve het gebruik van vrijwillige hulpverleningsovereenkomsten zou voor het vergroten van de eigen verantwoordelijkheid van ouders gedacht kunnen worden aan het gebruik van bemiddeling tussen ouders, minderjarigen en hulpverleners in een kinderschermingstraject. In Canada zijn de resultaten van kinderschermingsbemiddeling zeer positief en wordt in steeds meer provincies gebruik gemaakt van onafhankelijke bemiddelaars bij conflicten tussen hulpverleners en gezinnen in het kader van kinderscherming. In Nederland is bemiddeling in scheidings- en omgangszaken de laatste jaren enorm in opkomst. Het gebruik van bemiddeling in kinderschermingszaken staat echter nog in de kinderschoenen.<sup>50</sup> Het zou gezien de positieve resultaten in het buitenland aan te bevelen zijn dat in elk geval nagedacht en geëxperimenteerd gaat worden met het gebruik van bemiddeling bij conflicten over de bescherming van een minderjarige.

In de eerste plaats zou kinderschermingsbemiddeling een duidelijke functie kunnen hebben bij conflicten tussen gezinnen (ouders en/of minderjarigen) en de RvdK voordat deze een verzoek tot een maatregel van kinderscherming indient bij de kinderrechter. Bemiddeling onder begeleiding van een neutrale derde zou kunnen leiden tot meer participatie van ouders bij de onderhandelingen over mogelijke oplossingen voor hulp aan de minderjarige en het gezin. In dit geval zijn we een fase verder dan bij het mogelijk gebruik van vrijwillige hulpverleningscontracten tussen gezinnen en het Bureau Jeugdzorg: de zaak is inmiddels door het Bureau Jeugdzorg doorverwezen naar de RvdK en een maatregelverzoek dreigt te worden ingediend. In dat stadium kan bemiddeling tussen een raadsmedewerker en ouders en/of de minderjarige ertoe leiden dat toch met een vrijwillig hulpverleningstraject wordt gestart. Hierbij kan een coöperatief samenwerkingsverband worden gestimuleerd, omdat beide partijen als gelijkwaardigen onderhandelen over het zoeken naar oplossingen voor de gezinsproblematiek onder begeleiding van een bemiddelaar. Naast het vergroten van de

---

49 Zie over de OTS en de zelfstandige minderjarige hfst. 7, par. 2.4.

50 Het is opmerkelijk dat in de notitie '*Niet-vrijblijvende vormen van opvoedingsondersteuning*' (*Kamerstukken II*, 27 197, nr. 1) wel wordt opgemerkt dat onderzocht dient te worden in hoeverre kan worden geëxperimenteerd met *family group conferences* in het strafrecht om ouders en verwanten van daders en slachtoffers te betrekken bij de oplossing van het delict, terwijl het gebruik van deze vorm van bemiddeling bij kinderscherming, zoals dat oorspronkelijk wel is beoogd, over het hoofd is gezien of in elk geval niet wordt genoemd (zie p. 12). Zie ook hfst. 10, par. 2.3.3.

eigen verantwoordelijkheid van ouders en minderjarigen wordt zodoende ook een poging gedaan om hulpverlening in een gedwongen kader te voorkomen.<sup>51</sup>

Kinderbeschermingsbemiddeling zou verder kunnen worden ingezet bij conflicten in een kinderbeschermingszaak na het opleggen van een maatregel. Conflicten tussen bijvoorbeeld een gezinsvoogd en ouders of een oudere minderjarige, of tussen ouders en pleegouders, zouden op deze wijze kunnen worden afgedaan zonder dat de rechter hoeft te worden ingeschakeld. Dit kan de onderlinge samenwerking en de wil tot naleving van de in overleg gemaakte afspraken bevorderen. Ouders en oudere minderjarigen kunnen op een belangrijke wijze participeren in de oplossing van een conflict over de benodigde hulpverlening ter ondersteuning van hun problemen, zonder dat dit tot een polarisering van partijen leidt, zoals dat het geval is bij een zitting voor de kinderrechter. De positieve resultaten die in bijvoorbeeld Canada zijn behaald en de positieve reacties van de direct betrokkenen bij kinderbescherming zijn een investering in het starten van en experimenteren met bemiddeling in kinderbeschermingszaken meer dan waard.

#### • *Meer juridische bijstand*

Als een kinderbeschermingsmaatregel wordt uitgesproken, betekent dit dat een inbreuk wordt gemaakt op het gezinsleven van ouders en minderjarigen. Indien een maatregel gepaard gaat met een UHP van de minderjarige, zodat ouders en kind fysiek worden gescheiden, verdienen zij als zwakke partij ten opzichte van de overheid voldoende bescherming tegen een onrechtmatige inbreuk op hun gezinsleven. De regeling van de meest toegepaste maatregel, de OTS, is sinds 1995 in belangrijke mate juridisch ingewikkelder geworden. De GVI's lijken zich langzaam bewust te worden van de noodzaak tot voldoende juridische kennis binnen hun instelling.<sup>52</sup> Juristen in dienst van de GVI's worden ook ingezet om de gezinsvoogd ter zitting bij de kinderrechter juridisch bij te staan. Ook de RvdK heeft binnen de organisatie meestal een zogenaamde zittingsmedewerker, die de maatregelverzoeken ter zitting op kundige wijze van juridische argumenten kan voorzien. De direct betrokken ouders en minderjarigen, die vaak toch al moeite hebben met de ingewikkelde juridische regeling en in de meeste gevallen niet worden bijgestaan door een advocaat, worden zo in een steeds zwakkere positie gemanoeuvreerd en kunnen gemakkelijk worden ondergesneeuwd door de pedagogische en juridische argumenten die door de RvdK en de GVI worden aangevoerd.

De zwakke positie van ouders en minderjarigen bij de behandeling van een maatregelverzoek ter zitting wordt door henzelf bevestigd. Uit de wetsevaluatie

---

51 De bemiddeling kan behalve door een externe bemiddelaar ook plaatsvinden tijdens een behandeling van de zaak ter zitting door de kinderrechter. In het WIJN-rapport uit 1981 (opgesteld in reactie op het voorontwerp van wet tot herziening van de OTS in 1979) wordt al aandacht gevraagd voor het bemiddelend optreden van een kinderrechter in civiele beschermingszaken, ook als een maatregelverzoek wordt ingediend: "*Hij zal dan bijv. in gevallen waarin wordt gevraagd een 'maatregel' uit te spreken, kunnen proberen om op vrijwillige basis contact met een hulpverleningsorganisatie tot stand te brengen*" (p. 32). In British Columbia is juist deze vorm van bemiddeling door de kinderrechter succesvol gebleken (bemiddeling tijdens een *case conference*, zie hfst. 10, par. 2.3.3).

52 N.a.v. de wetsevaluatie OTS benadrukt de staatssecretaris van Justitie de noodzaak van een versterking van de juridische discipline binnen de GVI's, ook ter juridische ondersteuning van de gezinsvoogden, en wil zij hiervoor financiële middelen beschikbaar stellen; *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 400 IV, nr. 52, p. 4. Zie over de noodzaak van de GVI's tot het aanstellen van juridische medewerkers Verheij (1999).

OTS blijkt dat zowel ouders als minderjarigen vaak het gevoel hebben dat ze niets konden inbrengen op de zitting. Uit interviews met ouders die betrokken zijn bij een OTS blijkt dat van de ouders die bij het verhoor van de kinderrechtster aanwezig waren, minder dan de helft het gevoel heeft dat ze konden zeggen wat ze wilden. Van de ondervraagde minderjarigen blijkt twee derde geen contact te hebben gehad met de kinderrechtster bij het uitspreken van de OTS. Degenen die wel contact hadden met de kinderrechtster geven aan dat zij niet veel in te brengen hadden op de zitting. *“Meer dan de helft is van mening dat ze hun verhaal niet kwijt konden. Dit heeft meerdere oorzaken volgens de jongeren. Sommigen vinden het moeilijk om iets te zeggen tegen iemand in de positie van rechtster, dat vinden ze maar een hoge pief. Anderen vinden het moeilijk om op te kunnen tegen andere aanwezige volwassenen, zoals een raadsmedewerker.”*<sup>53</sup>

In de Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels worden ouders en minderjarigen in kinderbeschermingsprocedures, in tegenstelling tot Nederland, meestal bijgestaan door een advocaat. Het eerder beschreven systeem van rechtsbijstand in Canada is hier een goed voorbeeld van: vanaf de jaren tachtig van de vorige eeuw komt steeds meer aandacht voor de noodzaak tot juridische bijstand voor minderjarigen in kinderbeschermingszaken. In verschillende provincies zijn bureaus opgericht die verantwoordelijk zijn voor het juridisch bijstaan van minderjarigen. De erkenning van het belang van een eigen advocaat voor minderjarigen en ouders bij kinderbescherming is groot. Dit blijkt ook uit een recente uitspraak van de Canadese Supreme Court, waarin is bepaald dat uit de *Charter* voortvloeit dat elke ouder het recht heeft op een eerlijk proces als de overheid een kind civielrechtelijk uit huis plaatst. Afhankelijk van de belangen die op het spel staan, de complexiteit van de zaak en de capaciteiten van de ouders kan de overheid op grond van de *Charter* verplicht worden gesteld om rechtsbijstand voor ouders te garanderen.<sup>54</sup>

In het huidige Nederlandse kinderbeschermingsstelsel krijgt een minderjarige alleen van rechtswege een advocaat toegevoegd als er bij de kinderrechtster in het kader van een OTS een verzoek wordt ingediend tot plaatsing in een gesloten inrichting van de minderjarige wegens ernstige gedragsproblemen.<sup>55</sup> Als ouders behoefte hebben aan juridische ondersteuning, dienen zij zelf voor een advocaat te zorgen. Afhankelijk van de financiële draagkracht van ouders kunnen zij een beroep doen op gefinancierde rechtsbijstand. Het is de vraag of ouders die met een OTS te maken krijgen op de hoogte zijn van deze mogelijkheid en of zij de weg naar een advocaat weten te vinden. Mochten ouders bij een Bureau Rechts-hulp aankloppen voor juridische hulp, dan zullen zij ontdekken dat hier vaak geen familiezaken worden behandeld en zij worden doorverwezen naar advocaten. Als ouders ook deze volgende stap willen zetten en bij een advocaat terecht komen, dan is het de vraag of deze hen aanmoedigt in hun verzoek om rechtsbijstand of juist zal benadrukken dat voor een informele OTS-zitting juridische bijstand niet noodzakelijk is. Als een advocaat voor een OTS-zaak om een toevoeging vraagt bij een raad voor rechtsbijstand, dan zullen de materiële

53 De Savornin Lohman, Bruning e.a. (2000), p. 93; in totaal gaat het om achttien ouders en negenen-twintig minderjarigen.

54 *New Brunswick (Minister of Health & Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; zie hfst. 10, par. 2.3.4. Een soortgelijk criterium is door het Europees Hof geformuleerd voor het recht op gratis rechtsbijstand als onderdeel van het recht op een eerlijk proces in strafzaken; zie EHRM 24 mei 1991, NJ 1993, 525.

55 Art. 1:261 lid 3 BW.

voorwaarden voor toevoeging zeer marginaal worden getoetst.<sup>56</sup> Zo zal niet worden getoetst op de complexiteit van de zaak, aangezien het gaat om zwaarwegende belangen van ouders en minderjarigen. Voor een verzoek tot rechtsbijstand bij een verlengingszitting OTS zal dit door de raad voor rechtsbijstand slechts worden toegewezen als de cliënt daadwerkelijk wil procederen. Is dit niet het geval, dan kan de advocaat slechts juridisch advies geven voorafgaande aan de zitting. In de praktijk verzoeken meestal de ouders (veelal alleenstaande moeders) om rechtsbijstand voor henzelf en/of voor de minderjarige en zal een advocaat zowel voor de ouders als de minderjarige optreden.<sup>57</sup> Hoewel het er dan ook op lijkt dat verzoeken om toevoeging van een advocaat in een kinderschermingszaak door de raden voor rechtsbijstand eenvoudig worden toegewezen, is het maar de vraag of de doelgroep die te maken krijgt met een OTS zelf de weg vindt naar een advocaat die bereid is voor hen een toevoeging aan te vragen.

Op grond van het bovenstaande dient de juridische bijstand van ouders en oudere minderjarigen te worden verbeterd in de zin dat zij vaker worden bijgestaan door een advocaat.<sup>58</sup> Een advocaat kan voor ouders en minderjarigen een belangrijke rol spelen. Zo kan de advocaat juridische voorlichting geven voorafgaand aan de zitting en antwoorden op vragen die aan anderen misschien niet gesteld durven worden, namens ouders en/of minderjarigen het woord voeren tijdens de zitting als zij dat zelf niet kunnen of willen, de juridische kant van de zaak belichten en de kinderrechter informeren over mogelijke alternatieven voor de verzochte maatregel. De advocaat kan pogingen ondernemen om ouders en minderjarigen te overtuigen mee te werken aan hulpverlening in een vrijwillig kader, zodat een maatregel van kinderscherming niet nodig is. Verder kan de advocaat stimuleren dat een uitspraak van de kinderrechter zowel mondeling als schriftelijk voldoende wordt gemotiveerd door argumenten aan te voeren waarop de rechter in zijn beslissing dient in te gaan, zodat de overwegingen van de rechter inzichtelijk zijn en controle op de beslissing mogelijk is. Ouders en minderjarigen kunnen zich gedurende het gehele proces gesterkt voelen en kunnen meer vertrouwen hebben dat door de andere partijen naar hen wordt geluisterd.

Dit zou kunnen worden vormgegeven door een verplichte procesvertegenwoordiging van elke minderjarige van twaalf jaar en ouder voor elk (verlengings)verzoek tot UHP. Het kan dan zowel gaan om een OTS-(verlengings)-procedure als om een procedure tot gezagsontneming van de ouders. Hoewel advocaten ook voor minderjarigen jonger dan twaalf jaar een rol zouden kunnen spelen, kunnen de belangen van deze groep minderjarigen ook door een ander (bijvoorbeeld door de ouder, de gezinsvoogd, de RvdK of een derde) worden

---

56 Zie voor de materiële voorwaarden art. 12 van de Wet op de rechtsbijstand.

57 Deze informatie is afkomstig van de Raad voor Rechtsbijstand Amsterdam. Spijtig genoeg zijn geen cijfers bekend van het aantal toevoegingen in OTS-zaken.

58 Enkele decennia geleden is al herhaald gewezen op de noodzaak van rechtsbijstand voor ouders en minderjarigen in kinderschermingszaken. De sectie Kinderrechtspraak van de NVVR doet in 1972 het voorstel om voor elke minderjarige rechtsbijstand te garanderen. Hoefnagels (1974) ziet het recht op een advocaat in een vroeg stadium (het stadium van onderzoek of in elk geval het stadium van rapportage) als waarborg om het rechtskarakter van het jeugdrecht te garanderen. Het WIJN-rapport (1981) stelt als uitgangspunt dat in alle procedures die kunnen leiden tot voor ouders en/of minderjarigen bindende beslissingen rechtsbijstand noodzakelijk is om een zo zorgvuldig mogelijke behandeling te garanderen. Goldstein, Freud en Solnit (1979) hanteren het uitgangspunt dat elk kind bij een plaatsing die wordt aangevochten recht heeft op een vertegenwoordiging door een raadsman (hfst. V).

behartigd. Juist voor minderjarigen vanaf twaalf jaar die in staat zijn tot een redelijke waardering van belangen zal een advocaat een belangrijke ondersteuning betekenen. Ook voor kinderrechters kan dit een positieve inbreng betekenen op de zitting.<sup>59</sup>

Voor ouders zou juridische ondersteuning van een advocaat gestimuleerd dienen te worden. Dit zou kunnen gebeuren in de vorm van het informeren van ouders naar de mogelijkheden van juridische bijstand door de RvdK en de GVI, waarbij concreet zou moeten worden geïnformeerd over advocaten bij wie ouders terecht kunnen voor juridische bijstand in een kinderbeschermingszaak.<sup>60</sup> Daarbij zal een mentaliteitsverandering moeten plaatsvinden van de beide instellingen, die advocaten nog vaak als lastig ervaren en bang zijn voor een bovenmatige juridisering van gezinsverhoudingen en hulpverleningsrelaties. Deze angst zou kunnen worden weggenomen als wordt benadrukt dat de advocaat niet zozeer een juridisch inhoudelijke bijdrage aan de procedure dient te leveren, alswel een ondersteunende en faciliterende rol heeft naar ouders en minderjarigen toe. Verder dienen verzoeken van ouders om rechtsbijstand in kinderbeschermingszaken zonder scherpe toetsing van de raden voor rechtsbijstand toegewezen te worden.

Als het gaat om een kinderbeschermingszaak waarin een minderjarige uit huis dreigt te worden geplaatst (een verzoek tot machtiging UHP in het kader van een OTS, een [gedwongen] ontheffing of een ontzetting) en ouders het hiermee niet eens zijn, dienen zij ambtshalve een advocaat toegewezen te krijgen. Ook als door de GVI of de RvdK een verzoek wordt ingediend tot verlenging van de machtiging UHP zonder dat ouders het hier mee eens zijn, is het in hun belang om een advocaat toegevoegd te krijgen. Een kinderrechter zou dan ook voorafgaande aan de zitting dienen te toetsen of ambtshalve toevoeging van een advocaat is vereist. Net zoals dit geldt voor minderjarigen, hebben ouders gezien het ingrijpende karakter van een UHP van de minderjarige en de hulpeloze toestand waarin de betrokkene die geen raadsman heeft zich vaak zal bevinden recht op toevoeging van een advocaat.<sup>61</sup> Bij verzoeken tot een (verlenging van de) UHP van minderjarigen tot de leeftijd van twaalf jaar zal de advocaat zowel de belangen van de minderjarige als van de ouders dienen te behartigen.

---

59 Bij de wetsevaluatie OTS bleek uit de interviews met kinderrechters dat deze unaniem van oordeel zijn dat de toevoeging van een advocaat aan een minderjarige bij een verzoek tot plaatsing in een gesloten setting heel belangrijk en positief is en dat de advocaat zeker iets kan toevoegen op de zitting. Zij zijn verdeeld over de vraag of juridische bijstand voor minderjarigen zou moeten worden uitgebreid voor elk verzoek tot UHP.

60 De cie. Wiarda stelt in haar rapport uit 1971 al dat de ouders in een kinderbeschermingszaak gewezen dienen te worden op de mogelijkheid tot het verkrijgen van eventueel kosteloze rechtsbijstand; p. 160. In het rapport van de cie. Vliegthart (1990) wordt als aanbeveling gedaan dat ouders in iedere oproeping tot verhoor met betrekking tot een kinderbeschermingmaatregel dienen te worden gewezen op hun recht zich te doen bijstaan door een raadsman (p. 47).

61 Vergelijk het criterium zoals dat is geformuleerd door de Hoge Raad voor rechtsbijstand bij plaatsingen in een psychiatrisch ziekenhuis (nu wettelijk geregeld in de Wet BOPZ): “Gezien enerzijds het belang dat aan het verhoor van de betrokkene moet worden toegekend als mogelijkheid om zich tegen een verzoek (...) te verweren, en anderzijds de hulpeloze toestand waarin de betrokkene die geen raadsman heeft zich veelal zal bevinden, dient de rechter, zo hij niet dadelijk ambtshalve een raadsman toevoegt, te onderzoeken of betrokkene, al heeft hij niet uitdrukkelijk om toevoeging van een raadsman verzocht, niettemin zodanige toevoeging wenst” (HR 19 januari 1990, NJ 1990, 442).

- *Meer juridische toetsing bij uithuisplaatsing*

Als een maatregel van kinderscherming tot gevolg heeft dat een minderjarige uit huis wordt geplaatst en derhalve het effectieve gezinsleven tussen ouders en kind wordt doorbroken, dienen extra rechtswaarborgen te gelden voor ouders en minderjarigen. Een (gedwongen) ontheffing of een ontzetting leidt bijna altijd tot een UHP van de minderjarige,<sup>62</sup> terwijl een OTS die samengaat met een machtiging UHP ook betekent dat de minderjarige en de ouders worden gescheiden.<sup>63</sup> Meestal is een GVI (bij OTS) of een voogdij-instelling (bij gezagsontneming) verantwoordelijk voor de plaatsing van de minderjarige. Dit houdt ook in dat deze beslist over een terugplaatsing of overplaatsing van de minderjarige. Ouders en minderjarigen hebben in dat geval recht op voldoende controle op het plaatsingsbeleid van de instelling. Als een minderjarige in een pleeggezin wordt geplaatst en daar enige tijd blijft wonen, kan deze naast het gezinsleven met de eigen ouders ook ‘*family life*’ opbouwen met de pleegouders. In dat geval verdient ook dit ‘*family life*’ respect en bescherming en verdient het recht van pleegouders daarom de aandacht.

Bij de herziening van de OTS-regeling in 1995, die ertoe heeft geleid dat niet de kinderrechter maar de GVI voortaan verantwoordelijk is voor de uitvoering van de OTS, is een speciale regeling opgenomen voor een beëindiging van de UHP of van een overplaatsing van een onder toezicht gestelde minderjarige. In artikel 1:263 BW is bepaald dat als een GVI beslist tot een beëindiging van de UHP, hiervoor geen rechterlijke machtiging nodig is. In plaats daarvan heeft de RvdK een toetsende taak gekregen: de GVI dient een beslissing tot voorgenomen terugplaatsing van de minderjarige te melden aan de RvdK, die deze beslissing vervolgens dient te toetsen. Verder kan de GVI beslissen tot een overplaatsing van de minderjarige. Zo lang het gaat om een overplaatsing in dezelfde categorie machtiging UHP (bijvoorbeeld de overplaatsing van een pleeggezin naar een ander pleeggezin bij een machtiging UHP in een ‘voorziening voor pleegzorg’) is geen nieuwe rechterlijke machtiging of toetsing door de RvdK nodig en heeft de GVI een ruime bevoegdheid.<sup>64</sup>

Uit een onlangs verricht onderzoek door de Nederlandse Gezinsraad naar verschillende aspecten omtrent de thuisplaatsing van jonge pleegkinderen na langdurige uithuisplaatsingen in het kader van een OTS blijkt dat er nogal wat schort aan de rechtswaarborgen bij een terugplaatsing. Dossieronderzoek heeft duidelijk gemaakt dat de mening van het kind of de afweging van de belangen van het kind bij een terugplaatsing nauwelijks is terug te vinden in de dossiers. Ook de mening van de Voorziening voor Pleegzorg over de terugplaatsing van het pleegkind is niet af te leiden uit de stukken. De GVI’s blijken beslissingen tot terugplaatsing in de regel te motiveren aan de hand van verbeteringen die zijn opgetreden in het gezin van herkomst, zonder dat de verschillende belangen duidelijk tegen elkaar worden afgezet. Tenslotte zijn de resultaten voor wat betreft de toetsende taak van de RvdK van beslissingen van de GVI tot terugplaatsing van een minderjarige die met een OTS in een pleeggezin is geplaatst

62 In 1990 verbleef 7,5% van de voogdijkinderen bij de ouders thuis; zie Doek (1997), p. 113.

63 Een uitzondering is een situatie waarin door de kinderrechter een machtiging UHP wordt gegeven, maar de GVI hier toch geen gebruik van maakt; in dat geval wordt de minderjarige niet uit huis geplaatst.

64 Overigens blijkt uit de wetsevaluatie OTS dat kinderrechters geen uniform beleid hanteren voor wat betreft het aantal categorieën machtiging UHP die kunnen worden afgegeven; sommige kinderrechters hanteren maar vier categorieën, terwijl andere kinderrechters elf categorieën machtigingen afgeven. Zie De Savornin Lohman, Bruning e.a. (2000), par. 9.2.

opmerkelijk. *“Slechts in een kwart van de onderzochte gevallen heeft de GVI voldaan aan de door de wet gestelde verplichting om van een op handen zijnde beëindiging of niet-verlenging van de UHP mededeling te doen aan de RvdK. Dit verzuim is zowel kwalijk als onbegrijpelijk. Kwalijk omdat juist bij langdurige uithuisplaatsingen van jonge kinderen het afwegingsproces verre van eenvoudig is. De extra waarborg van de raadscontrole is dan uiterst belangrijk. Verder is het onbegrijpelijk omdat door Vedio en de RvdK in 1995 werkafspraken zijn gemaakt....”*<sup>65</sup> De toetsende taak die de RvdK bij de herziening van de OTS-regeling in 1995 op zich heeft gekregen, blijkt dus niet voldoende garantie te bieden om beslissingen tot terugplaatsing van jonge kinderen die met een OTS sinds geruime tijd in een pleeggezin zijn geplaatst met voldoende waarborgen te omkleden.<sup>66</sup>

Bij een terugplaatsing of overplaatsing van de onder toezicht gestelde minderjarige kunnen de ouders met gezag, de minderjarige van twaalf jaar en ouder en degene die de minderjarige als behorende tot zijn gezin verzorgt en opvoedt de GVI verzoeken af te zien van de wijziging van verblijfplaats van de minderjarige (art. 1:263 lid 2c BW). Deze juridisch gecompliceerde regeling heeft nogal wat haken en ogen. Zo moet het gaan om gewijzigde omstandigheden voordat een dergelijk verzoek kan worden ingediend; het standpunt van pleegouders zal vaak juist zijn dat vanwege de niet gewijzigde omstandigheden de minderjarige in het pleeggezin zou moeten blijven.<sup>67</sup> Verder heeft deze juridische mogelijkheid voor ouders met gezag, pleegouders en minderjarigen van twaalf jaar en ouder pas werkelijk betekenis als de GVI hen vroegtijdig op de hoogte brengt van een voorgenomen wijziging van de verblijfplaats van de minderjarige, zodat er nog voldoende tijd is voor het instellen van bezwaar en beroep en de beslissing derhalve kan worden getoetst.<sup>68</sup> De ouder zonder gezag heeft überhaupt geen juridische mogelijkheid om een verzoek in te dienen tegen de beslissing van de GVI tot terugplaatsing of overplaatsing van de minderjarige.<sup>69</sup>

Wat betreft de overplaatsing van het ene pleeggezin naar het andere pleeggezin is de situatie extra gecompliceerd omdat behalve de GVI ook de Voorziening voor Pleegzorg een belangrijke rol speelt. Op grond van de Wet op de Jeugdhulpverlening is de GVI een plaatsende instantie, terwijl de Voorziening voor Pleegzorg een opnemende instantie is. De zogeheten ontvlechting heeft ertoe geleid dat de GVI de minderjarige die onder toezicht staat niet meer rechtstreeks zelf in een pleeggezin plaatst, maar in een Voorziening voor Pleegzorg plaatst. De Voorziening voor Pleegzorg plaatst de minderjarige vervolgens in een pleeggezin, waarmee een pleegcontract wordt opgesteld. De Voorziening zou kunnen beslissen om het pleegkind binnen hun bestand van pleeggezinnen over te plaatsen naar een ander pleeggezin. In dat geval zou de GVI buiten beeld kunnen blijven en is art. 1:263 BW ook niet van toepassing. Deze gecomplici-

---

65 NGR-rapport *Thuisplaatsing van pleegkinderen* (2001), p. 57.

66 Om deze reden acht de NGR de mogelijkheid van een rechterlijke toetsing van beslissingen tot terugplaatsing van de minderjarige na langdurige pleeggezinplaatsing dan ook bijv. op verzoek van pleegouders of de Voorziening voor Pleegzorg gewenst (NGR 2001, p. 46).

67 Zie over deze problematiek Quik-Schuijt (1999).

68 Zie Vos/Mees/De Groot (2000), p. 106.

69 Het Gerechtshof te Arnhem heeft een vader zonder gezag dan ook bij de kort-geding rechter ontvankelijk verklaard omdat boek 1 BW de niet met het gezag beklede ouder geen rechtsmiddel biedt tegen de voorgenomen wijziging in de verblijfplaats van de minderjarige; Gerechtshof Arnhem 24 maart 1998, zie FJR nov. 1998, nr. 11, p. 274-275.

ceerde driehoeksverhouding tussen GVI, Voorziening voor Pleegzorg en pleeggezin komt de rechtsbescherming van belanghebbenden niet ten goede.<sup>70</sup>

Een ander probleem betreft de verhouding tussen de kinderrechter en de GVI. De kinderrechter kan op verzoek de machtiging UHP geheel of gedeeltelijk intrekken of de duur ervan bekorten. Als nu juist beroep wordt ingesteld tegen een terugplaatsing of overplaatsing, leidt een intrekking of bekorting van de duur van de machtiging UHP niet tot het gewenste resultaat, namelijk het voorkomen van de terugplaatsing of overplaatsing. Hierbij is de taakverdeling tussen de kinderrechter en de GVI van doorslaggevend belang: de GVI heeft immers de beleidsvrijheid om een door de kinderrechter afgegeven machtiging UHP wel of niet te gebruiken. Mocht de GVI de minderjarige terug willen plaatsen naar de ouders, dan kan met geen enkele mogelijke rechterlijke machtiging worden voorkomen dat de GVI deze naast zich neerlegt en de minderjarige toch thuis plaatst.<sup>71</sup> Onlangs heeft de Hoge Raad geoordeeld dat pleegouders op grond van art. 1:263 lid 4 BW inderdaad de bevoegdheid hebben om zich tot de kinderrechter te wenden met het verzoek een terugplaatsing te vernietigen.<sup>72</sup> In deze uitspraak wordt het hier gesignaleerde probleem echter niet opgelost. De A.-G. Moltmaker concludeert in deze zaak dan ook dat, gelet op de bedoeling van de wetgever om de rechtspositie van pleegouders te verbeteren, moet worden aangenomen dat door de rechterlijke vernietiging van een besluit van de GVI tot terugplaatsing van een pleegkind bij de ouders de verleende machtiging UHP doorloopt, terwijl de terugplaatsing door een dergelijke vernietiging wordt geblokkeerd; een andere uitleg zou leiden tot een onvolkomen rechtsbescherming van pleegouders.<sup>73</sup>

Uit dit alles blijkt dat de regeling omtrent de wijziging van verblijfplaats van de in het kader van een OTS uit huis geplaatste minderjarige juridisch ingewikkeld is en niet wettelijk sluitend is voor wat betreft de rechtswaarborgen van belanghebbenden bij deze maatregel van kinderbescherming. Uit de recente wetsevaluatie OTS kan dezelfde conclusie worden getrokken: voor belanghebbenden is de regeling onduidelijk en er wordt weinig tot geen gebruik van gemaakt, de toetsende taak van de RvdK verdient volgens de ondervraagden verbetering en kinderrechtshouders hebben de wens om de juridische mogelijkheid te krijgen een terugplaatsing of overplaatsing van de minderjarige tegen te gaan.<sup>74</sup> Op dit punt verdienen ouders, minderjarigen en pleegouders dan ook meer rechtsbescherming.

Juist als het gaat om een pleeggezinplaatsing, waarbij een minderjarige (afhankelijk van zijn of haar leeftijd) na verloop van tijd een gehechtheidsrelatie met de pleegouders zal opbouwen, is er reden om extra waarborgen in te bouwen voor een zorgvuldige afweging van belangen van alle partijen. Dit zou als volgt kunnen worden vormgegeven: voor elke verplaatsing (terugplaatsing of overplaatsing) van de onder toezicht gestelde minderjarige uit een pleeggezin waarbij sprake is van opgebouwd '*family life*', is een rechterlijke machtiging vereist.<sup>75</sup> Dit betekent dat de beleidsvrijheid van de GVI op dit punt wordt verkleind en dat de toetsende taak van de RvdK voor deze beslissingen wordt weg-

70 Zie hierover De Savornin Lohman, Bruning e.a. (2000), par. 3.6.2.

71 Zie hierover Bruning (Ars Aequi 2000), p. 847-848.

72 HR 3 november 2000, RvdW 2000, 216.

73 Zie vorige noot, conclusie A.-G. onder 2.5.3.

74 De Savornin Lohman, Bruning e.a. (2000), par. 9.4.

75 Ik pleit voor deze versterking van de rechtspositie van pleegouders bij een OTS in Ars Aequi 2000, nr. 12. Zie ook Versteeg/Weterings (2000), p. 166.



genomen. Een indirecte toetsing van een dergelijk ingrijpende beslissing van de GVI door de RvdK, namelijk waarbij sprake is van een inbreuk op het recht op gezinsleven van pleegkind en pleegouders, volstaat mijns inziens niet. Voor beslissingen waarbij dermate verschillende belangen op het spel staan, dient op grond van art. 8 lid 2 EVRM een onafhankelijke rechterlijke toetsing te worden gegarandeerd. Voor pleegouders betekent deze verbetering in hun rechtspositie in feite dat zij een soort blokkaderecht krijgen, net zoals zij dit hebben bij vrijwillige plaatsingen. Als een kinderrechter de beslissing van de GVI afwijst, betekent dit ook dat de GVI verplicht is om zich aan de uitspraak van de kinderrechter te houden. Mocht dit grote problemen opleveren, dan kan de GVI aan de kinderrechter verzoeken om vervanging van de GVI, zodat een andere instelling verantwoordelijk wordt voor de uitvoering van de OTS.

Voor verplaatsingen van een onder toezicht gestelde minderjarige die niet in een pleeggezin is geplaatst, maar bijvoorbeeld in een residentiële instelling, zou een rechterlijke toetsing op verzoek mogelijk moeten zijn. In principe beslist de GVI, maar op verzoek van elke belanghebbende kan deze beslissing aan een rechterlijke toetsing worden onderworpen. In feite is dit de regeling zoals die nu geldt. Ook hier geldt echter weer dat de kinderrechter de bevoegdheid dient te krijgen om de terugplaatsing of overplaatsing van de minderjarige bij een vernietiging van het besluit van de GVI te kunnen tegengaan.

Tenslotte kunnen ook voogdij-instellingen de verblijfplaats van een minderjarige wiens ouders zijn ontheven van of ontzet uit het gezag wijzigen. Het zal dan niet vaak gaan om een terugplaatsing naar de ouders, maar meestal om een overplaatsing van de minderjarige. Als het gaat om een pleeggezinplaatsing, dan hebben de pleegouders in deze situatie meer rechtsbescherming in de zin dat zij een blokkaderecht hebben (art. 1:336a BW) en een overplaatsing van hun pleegkind zonder rechterlijke toetsing kunnen voorkomen. Voor ouders en minderjarigen, die geen juridische bevoegdheden hebben met betrekking tot de plaatsingsbeslissingen van de voogdij-instelling, is een inzichtelijk en controlebaar plaatsingsbeleid van de voogdij-instelling noodzakelijk ter invulling van hun recht op respect voor familie- en gezinsleven. Dit zou kunnen worden gerealiseerd door het verplicht stellen van een deugdelijk gemotiveerde melding van elke beslissing tot overplaatsing van een minderjarige door een voogdij-instelling aan de Inspectie Jeugdhulpverlening en Jeugdbescherming, die deze meldingen vervolgens toetst.<sup>76</sup> Op deze wijze ontstaat een soortgelijke toetsings-systeematiek als bij de OTS-regeling, waar de RvdK de beslissingen van de GVI tot terugplaatsing of overplaatsing van de minderjarige toetst.

- *Verbetering rechterlijke motivering*

De noodzaak tot verbetering van de rechterlijke motivering in beslissingen omtrent een maatregel van kinderscherming verdient alle aandacht. Dit kan zonder enige wetwijziging direct worden gerealiseerd door alle rechters die zich in Nederland bezighouden met kinderschermingsmaatregelen bewust te maken van het belang van een deugdelijke motivering. De motiveringsplicht van rechters is al als zodanig opgenomen in de wet en is zelfs in de loop der tijd door de wetgever aangescherpt, maar dit heeft geen zichtbare verbeteringen van

---

76 Doek (2000) vraagt zich af waarom een UHP in het kader van een OTS wel elk jaar door de rechter wordt getoetst, terwijl die toetsing bij een voogdijplaatsing volledig ontbreekt. Hij stelt ter verbetering van de controle op de plaatsingspraktijk van voogdij-instellingen een jaarlijkse rapportage of een bericht van elke overplaatsing aan de inspectie voor; p. 114.

de rechterlijke motivering met zich meegebracht. De kinderrechtshouders lijken nu dan ook zelf aan zet. Zij dienen, ondanks de summier motiveringsverplichting die uit de jurisprudentie van de Hoge Raad valt af te leiden, evenals de raadsheeren bij de Gerechtshoven te waarborgen dat de uitspraken inzake een maatregel voldoende zijn gemotiveerd. Dit kan ertoe dienen dat een beslissing meer aanvaardbaar wordt voor belanghebbenden en dat de mogelijkheid tot controle van de beslissing wordt vergroot, waardoor willekeur kan worden voorkomen. Verder komt een deugdelijke motivering de kwaliteit van het proces van oordeelsvorming ten goede. Dit alles betekent een verbetering van de concrete rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezinsleven van ouders en minderjarige naar de direct betrokkenen toe.<sup>77</sup>

Het eerder geformuleerde uitgangspunt van directe rechtvaardiging dient bij de rechterlijke motivering als basisprincipe te worden beschouwd. Dit betekent dat door een kinderrechtshouder moet worden gemotiveerd op grond van welke argumenten de minderjarige bescherming nodig heeft en dat lichter ingrijpen (via vrijwillige hulpverlening of een lichtere maatregel van kindbescherming) niet (meer) haalbaar is. Verder moet worden gemotiveerd waarom het te verwachten resultaat groter is dan wanneer geen maatregel van kindbescherming of een andere maatregel zou worden opgelegd. De na te streven doelstellingen bij het opleggen van een maatregel dienen na het verhandelde ter zitting in de motivering terug te komen; dit biedt alle partijen al bij aanvang van de maatregel duidelijkheid op welke wijze aan de gezinsproblematiek kan worden gewerkt. De motivering houdt zowel een probleemgericht als een oplossingsgericht aspect in.

Een standaardmotivering dient mijns inziens in alle gevallen te worden voorkomen, zelfs als alle partijen akkoord gaan met de beslissing. De paternalistische gedachte dat ouders en minderjarigen beschermd moeten worden tegen een confrontatie met hun problemen door deze niet als zodanig te benoemen in de beschikking, maar de motivering van de rechterlijke beslissing in algemene termen af te doen, getuigt niet van eerlijkheid naar betrokkenen. Door te formuleren waar het op staat wordt meer duidelijkheid geboden en weten betrokkenen waar ze aan zullen moeten werken om de noodzaak tot een maatregel van kindbescherming weg te nemen. Hiermee wordt de beslissing van de rechter ook inzichtelijker en veelal begrijpelijker.

De rechtsgronden waaraan moet zijn voldaan voordat een maatregel van kindbescherming kan worden uitgesproken, dienen op duidelijke wijze te worden vertaald naar de concrete situatie, met andere woorden: gemotiveerd dient te worden waarom de omstandigheden van het geval voldoen aan de rechtsgronden zoals deze wettelijk zijn geformuleerd. Een enkele verwijzing naar de specifieke rechtsgrond volstaat niet. Pas als wordt geformuleerd waarom bepaalde feiten voldoen aan een ruime norm, krijgt een verwijzing naar de rechtsgrond inhoud. Deze feiten zullen veelal gelegen zijn in het gedrag van ouders, van de minderjarige, of in de interactie tussen de ouders en de minderjarige.

In de rechterlijke motivering dient vervolgens aandacht te worden besteed aan het vereiste dat lichter ingrijpen niet (meer) mogelijk is. Op deze wijze wordt de

---

77 Hoefnagels pleit in 1974 al voor een versterking van het rechtskarakter van het jeugdrecht door onder andere “zo uitvoerig mogelijke motiveringen van de beschikkingen, waarin onder meer gepreciseerd wordt de wettelijke grond tot de maatregel, de reël te verwachten voordelen van de maatregel boven de daaraan verbonden nadelen en de waarden op grond waarvan de kindbescherming geëgitimeerd kan worden” (par. 11). De cie. Vliegthart vraagt in 1990 aandacht om de motivering van rechterlijke uitspraken, “niet per aankruisformulier, niet onder verwijzing naar het raadsrapport in zijn totaliteit, en ook als er geen tegenspraak is gevoerd” (p. 48).

toetsing aan het subsidiariteitsvereiste, zoals dit ook voortvloeit uit art. 8 lid 2 EVRM, inzichtelijk. Ouders en minderjarigen verdienen het dat de noodzaak tot hulpverlening in een gedwongen kader uitdrukkelijk wordt getoetst. Zij zullen immers meestal een voorkeur hebben voor hulpverlening in een vrijwillig kader. Ook bij de toetsing aan een verzoek tot verlenging van een maatregel dient de subsidiariteit van de maatregel te worden getoetst. Bij deze rechterlijke toetsing zullen echter behalve de vraag of hulpverlening in een vrijwillig kader mogelijk is ook andere factoren een rol spelen, zoals het belang van de minderjarige om in de nieuwe opvoedingsomgeving te blijven.

Behalve dat de motivering een oorzaakgerichte component heeft, is het van groot belang dat wordt getoetst aan de vraag of de verzochte maatregel de meest geëigende maatregel is voor het concrete geval en of met deze maatregel het beoogde resultaat kan worden bereikt. Deze oplossingsgerichte component van de rechterlijke motivering ontbreekt in het huidige systeem nog vaak. Dit zal ook te maken hebben met het feit dat de rechtsgronden van de verschillende maatregelen van kinderbescherming niet oplossingsgericht, maar probleemgericht zijn geformuleerd. De kinderrechter wordt in de huidige wet dan ook niet gestimuleerd om oplossingsgericht te denken. Verder is het stelsel van kinderbescherming in Nederland zodanig ingericht, dat de RvdK belast is met de voorbereiding van maatregelverzoeken, terwijl de uitvoering van de maatregelen wordt opgedragen aan een GVI of een voogdij-instelling. Dit biedt een zuivere scheiding der taken, maar heeft het gevaar in zich dat er een kloof ontstaat in het hulpverleningstraject voor een minderjarige als beide organisaties verschillend denken over de na te streven doelen bij een maatregel van kinderbescherming.

Uit de beschrijving van het wettelijk systeem van kinderbescherming zoals dat in Canada geldt, blijkt dat door de tweetrapstoetsing die de rechter dient uit te voeren, namelijk eerst de toetsing of de minderjarige wettelijke bescherming nodig heeft, en vervolgens de toetsing welke maatregel het meest geëigend is in een concreet geval, de rechter meer genooddaakt is om oplossingsgericht te denken. Het feit dat vaak een hulpverleningsplan verplicht moet worden ingediend bij een maatregelverzoek, maakt de toetsing aan de vraag of het verwachte resultaat groter is dan wanneer geen maatregel wordt opgelegd voor een kinderrechter eenvoudiger. Deze vindt immers in het hulpverleningsplan informatie over de beoogde resultaten van gedwongen hulpverlening ter bescherming van de minderjarige.<sup>78</sup>

In Nederland zullen de kinderrechters het heft in eigen hand moeten nemen en de discussie over de beoogde doelstellingen ter ondersteuning en opheffing van een problematische gezinssituatie op de zitting moeten stimuleren. De RvdK zal als verzoekende partij een duidelijke zienswijze naar voren dienen te brengen over de vraag welke resultaten in het concrete geval kunnen worden bereikt met de verzochte maatregel. De rechter dient een afgewogen oordeel te vormen over de vraag of de verzochte maatregel in het concrete geval tot een voor ouders en minderjarige effectief resultaat kan leiden en niet disproportioneel is in verhouding tot het probleem en de beoogde doelstelling. In de rechterlijke motivering dient dit oordeel in duidelijke bewoordingen te worden opgenomen. Bij deze

---

78 Hierbij dient in ogenschouw te worden genomen dat in Canada één organisatie zowel met de voorbereiding als met de uitvoering van een kinderbeschermingsmaatregel is belast; mijn veronderstelling is dat dit het vooraf opstellen en vervolgens uitvoeren van een hulpverleningsplan vereenvoudigt.

beoordeling speelt een belangrijke rol wat het meest in het belang van de minderjarige is. De kinderrechter zou ter verantwoording van zijn beslissing of de verzochte maatregel tot het beoogde resultaat kan leiden, in kunnen gaan op wat het meest in het belang is van de minderjarige. Hierbij dient het belang van het kind niet als toverformule te worden ingezet, maar in het concrete geval te worden toegepast en te worden verklaard. Dit komt een deugdelijke motivering ten goede.

Tenslotte kan in de rechterlijke motivering worden genoemd wat de opvatting is van de RvdK en/of de GVI ter onderbouwing van de beslissing. Dit geldt ook voor de opvatting van een deskundige, die meestal afgeleid zal worden uit een deskundigenrapportage. Als wordt verwezen naar een rapport, dient dit zo precies mogelijk te gebeuren. Dit kan bijvoorbeeld door middel van het aanhalen van bepaalde passages uit het rapport met een verklaring waarom juist die passages door de rechter belangrijk worden gevonden. Het slechts verwijzen naar het rapport als geheel is niet voldoende; pas als door de rechter wordt aangegeven waarom bepaalde uit een rapport afgeleide conclusies belangrijk zijn in de oordeelsvorming, wordt het beslissingsproces van de rechter inzichtelijk.

Ter stimulering van een verbetering van rechterlijke motiveringen bij uitspraken omtrent een maatregel van kinderbescherming dient de Hoge Raad zich kritisch op te stellen. Uit de jurisprudentie blijkt dat de Hoge Raad het motiveeringsvereiste in kinderbeschermingszaken in belangrijke mate heeft beperkt door gebruik te maken van een ‘inleestechiek’, waardoor een standaardmotivering al voldoende is ter invulling van de wettelijke motiveeringsverplichting en geen grond oplevert tot vernietiging van de beschikking.<sup>79</sup> De Hoge Raad dient een signaal te geven dat rechtvaardiging bij kinderbescherming noodzakelijk is en dat dit inhoud kan krijgen door middel van een deugdelijke rechterlijke motivering van elke uitspraak. Onlangs heeft de Hoge Raad dit verrassend gedaan in een zaak waar de vraag centraal stond of een OTS kon worden uitgesproken om een omgangsregeling tussen ouder en kind op gang te brengen.<sup>80</sup>

Een laatste voorwaarde voor een voldoende concrete rechtvaardiging bij kinderbescherming door middel van een deugdelijke rechterlijke motivering is dat meer uitspraken dienen te worden gepubliceerd. Dit bevordert de publieke discussie, leidt tot meer inzicht in de toepassing van de rechtsgronden voor een maatregel van kinderbescherming en biedt meer transparantie van rechterlijke beslissingen inzake kinderbescherming. De controle op de toepassing van de wettelijke maatregelen door de kinderrechters wordt vergroot en willekeur wordt tegengegaan. Verder kan dit leiden tot een meer uniforme toepassing van de wet.

### *11.2.3 Naar een nieuw pakket van kinderbeschermingsmaatregelen*

Behalve een uitbreiding van de randvoorwaarden bij kinderbescherming, is het voor een verbetering van de directe rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezinsleven noodzakelijk dat het wettelijk stelsel van kinderbeschermingsmaatregelen na honderd jaar wordt herzien om aan de verdragsverplichtingen die voortvloeien uit het EVRM en het IVRK te voldoen. Zonder wettelijk sluitend stelsel kan er immers geen sprake zijn van een voldoende rechtvaardiging

---

79 Zie hfst. 8, par. 4.2.

80 Zie vorige noot.

door de overheid. De argumenten die worden aangevoerd door de rechters bij de motivering van een uitspraak over een maatregel van kinderscherming, door de RvdK en de GVI's of voogdij-instellingen ter uitvoering van hun taken als verzoekende respectievelijk uitvoerende organisatie, betreffen slechts een toepassing en uitvoering van de wet. Als de Nederlandse wet geen voldoende helder stelsel van kinderscherming biedt, kan op geen enkele wijze voldoende rechtvaardiging worden geboden bij het toepassen van een maatregel van kinderscherming in een concrete gezinssituatie. Daarom dienen de rechtsgronden en doelstellingen van de verschillende maatregelen wettelijk voldoende duidelijk te zijn.

Hieronder wordt een aanzet gegeven tot een fundamentele discussie over de herziening van het wettelijk stelsel van kinderschermingsmaatregelen. Een nieuw en beter op de eisen van deze tijd toegesneden maatregelenpakket leidt mijns inziens tot een verduidelijking van de verschillende doelstellingen van de maatregelen, waardoor meer rechtvaardiging kan worden geboden aan de direct betrokkenen. Er is bewust voor gekozen om niet zozeer gericht te zijn op aanbevelingen tot een herformulering van de rechtsgronden voor de maatregelen van kinderscherming, maar vooral de nadruk te leggen op een nieuw maatregelenpakket.<sup>81</sup> Een herformulering van de rechtsgronden voor de bestaande maatregelen kan naar mijn mening niet tot een werkelijke verbetering van de rechtvaardiging leiden, omdat vanwege de huidige toepassing van de maatregelen de verschillende doelstellingen teveel zijn vertroebeld en binnen bijvoorbeeld een maatregel van OTS aan verschillende, tegenstrijdige doelstellingen kan worden gewerkt zonder dat dit in strijd is met de wet. Verder bestaat er in Nederland sinds ruim honderd jaar een duidelijke voorkeur voor ruime normen binnen de rechtsgronden, niet alleen voor wat betreft de kinderscherming of het familierecht maar voor alle rechtsgebieden. Een concretisering van de ruime normen voor het uitspreken van een maatregel van kinderscherming, zoals dit bijvoorbeeld de laatste decennia in alle Canadese provinciale kinderschermingsregelingen is doorgevoerd, lijkt in Nederland dan ook moeilijk te realiseren en de vraag is überhaupt of dit tot een andere wetstoepassing zou leiden.

Het onderstaande voorstel tot een nieuw maatregelenpakket ter bescherming van minderjarigen is een eerste aanzet en de aanbevelingen die op basis van dit onderzoek zijn gedaan verdienen verdere studie en uitwerking.<sup>82</sup> Dit voorstel beoogt samen met de hierboven voorgestelde verbeteringen het recht van de minderjarige op een ongestoord gezinsleven en het recht op continuïteit en stabiliteit in de opvoedingssituatie te waarborgen en geeft invulling aan het eerder geformuleerde uitgangspunt van directe rechtvaardiging van overheidsinterventie ter bescherming van de minderjarige.

Het wettelijke maatregelenpakket ter bescherming van minderjarigen bestaat op grond van het bovenstaande uit de volgende kinderschermingsmaatregelen:

---

81 Zie voor aanbevelingen omtrent een herziening van de rechtsgronden voor de maatregelen van kinderscherming o.a. De Ruyter (diss. 1993), die pleit voor een pedagogisch criterium voor het opleggen van hulp, en Stegerhoek (diss. 1995).

82 Zie voor andere voorstellen tot een herziening van het maatregelenpakket die in de afgelopen decennia zijn gedaan uitgebreid de oratie van Koens (1994).

- *opvoedingsondersteuning*

Deze maatregel is een lichte variant op de bestaande maatregel van OTS met als belangrijkste verschil dat deze maatregel niet kan samengaan met een gedwongen UHP.<sup>83</sup> Een vrijwillige UHP is wel mogelijk op initiatief van de ouders met gezag en/of de minderjarige. De maatregel van opvoedingsondersteuning is bedoeld ter ondersteuning van de bestaande (problematische) gezinssituatie waarin de minderjarige wettelijke bescherming nodig heeft gezien de ontwikkeling van zijn of haar persoonlijkheid of in het belang van zijn of haar gezondheid, zonder een (te) grote inbreuk te maken op het recht van de minderjarige op een ongestoord gezinsleven met de eigen ouders. Hiertoe dient intensieve begeleiding te worden geboden aan de minderjarige en de ouders met gezag. Als de minderjarige gezien zijn of haar ontwikkeling of gezondheid bescherming nodig heeft zonder dat een UHP is geïndiceerd, kan de kinderrechter deze maatregel uitspreken en een GVI belasten met de uitvoering van de maatregel tot intensieve hulp binnen de bestaande gezinssituatie.

Een extra voorwaarde voor het opleggen van de maatregel tot opvoedingsondersteuning is dat een lichtere vorm van hulpverlening niet (meer) mogelijk is. Zowel door het nieuwe Bureau Jeugdzorg, door de RvdK als door de kinderrechter dient deze voorwaarde uitdrukkelijk te zijn getoetst, waarbij ook is gedacht aan de mogelijkheid tot het gebruik van vrijwillige hulpverleningscontracten en/of kinderbeschermingsbemiddeling ter voorkoming van justitiële interventie. Hierbij zal verder aandacht moeten worden geschonken aan de vraag welke lichtere vormen van hulpverlening reeds zijn ingezet ter ondersteuning van het gezin en welke andere mogelijke middelen in vrijwillig kader nog denkbaar zijn. Behalve de vraag of een beroep is gedaan op mogelijke vormen van hulpverlening in een vrijwillig kader, speelt dus een rol welk specifiek middel binnen het aanbod van vrijwillige hulpverlening is gebruikt.

Een andere voorwaarde is dat met de maatregel van opvoedingsondersteuning meer zal moeten worden bereikt dan wanneer deze maatregel niet zou worden uitgesproken. Met andere woorden: er dient een belangenafweging te worden gemaakt van de voordelen van de maatregel van opvoedingsondersteuning in een concrete gezinssituatie voor de minderjarige tegenover de nadelen van de maatregel voor de minderjarige. Hierbij zal de intensiteit van de te verlenen begeleiding in een gedwongen kader zeer belangrijk zijn. De beoogde resultaten in een concrete zaak dienen dan ook tijdens de behandeling ter zitting ter sprake te komen en de kinderrechter dient hier een oordeel over te geven in de rechterlijke motivering.

De discussie ter zitting over de na te streven doelen bij een maatregel van opvoedingsondersteuning in een concrete situatie wordt bevorderd door de wettelijke verplichting om bij een verzoek aan de kinderrechter een zogenaamd opvoedingsplan in te dienen. In het opvoedingsplan dient in duidelijke bewoordingen schriftelijk te worden gemotiveerd welke methode van aanpak is geïndiceerd voor de problematiek in een specifieke gezinssituatie. Hierbij moet concreet worden aangegeven welke (verschillende) resultaten dienen te worden bereikt om de noodzaak tot de maatregel van opvoedingsondersteuning weg te

---

83 Ook de voorstellen die gedaan zijn door bijv. Nota (1972), Doek (1972), Rood-De Boer (1980), de werkgroep WIJN (1981) en Koens (1994) gaan uit van een scheiding tussen een lichte maatregel zonder UHP en een maatregel met UHP. In Canada brengt de andere juridische invulling van het gezag ten opzichte van het juridische begrip gezag in Nederland automatisch een scheiding met zich mee tussen een maatregel met en zonder UHP (zie hfst. 10, par. 2.3.6).

nemen en welke middelen daarvoor kunnen worden ingezet. Zouden zowel de RvdK als de GVI's volledig in de nieuwe Bureaus Jeugdzorg opgaan, dan zou het door een Bureau Jeugdzorg opgestelde opvoedingsplan na het uitspreken van de maatregel snel kunnen worden uitgevoerd zonder dat sprake is van discontinuïteit in de hulpverlening of gebrek aan een eenduidige visie op de hulpverlening in een concreet geval.<sup>84</sup> Op deze wijze zou kunnen worden voorkomen dat door de RvdK en de GVI dubbel werk wordt verricht en zou gezien het tijdsaspect veel efficiënter gewerkt kunnen worden aan de noodzakelijke bescherming van de minderjarige. In de huidige structuur zijn de RvdK en de GVI echter zowel voor wat betreft taakstelling als organisatie volledig gescheiden en zal deze werkwijze daarom niet te realiseren zijn. In deze situatie dient de GVI na een door de kinderrechter toegewezen verzoek van de RvdK tot een maatregel van opvoedingsondersteuning ter verdere invulling van het bij het verzoek overgelegde opvoedingsplan in het kader van de uitvoering van de maatregel binnen zes weken een hulpverleningsplan op te stellen in overleg met de ouders en de minderjarige. Het opvoedingsplan maakt als geheel deel uit van het hulpverleningsplan voor de minderjarige en de ouders.

De maatregel van opvoedingsondersteuning kan worden opgelegd voor een periode van zes maanden tot een jaar, met een totale duur van maximaal een jaar. Gelet op de ernst van de inbreuk in het gezinsleven van ouders en minderjarigen dient de duur van de maatregel zo kort mogelijk te zijn, waarbij intensieve hulpverlening wordt geboden aan het gezin. Na maximaal een jaar kan de maatregel nog slechts worden verlengd als het recht van de minderjarige op bescherming binnen het eigen gezin na afloop van de maatregel niet voldoende gegarandeerd zou worden en alle betrokkenen, in de eerste plaats de ouders met gezag en de minderjarige, akkoord gaan met de verlenging van de maatregel. De kinderrechter dient uitdrukkelijk te motiveren waarom een maatregel van opvoedingsondersteuning na een jaar toch nog noodzakelijk is en waarom vrijwillige hulpverlening geen beter alternatief is voor voldoende bescherming van de minderjarige.

Omdat de maatregel van opvoedingsondersteuning er niet toe kan leiden dat de minderjarige met een machtiging UHP elders wordt geplaatst en de verzorgende ouders en de minderjarige worden gescheiden, biedt dit voldoende duidelijkheid over de doelstelling van deze minst ingrijpende maatregel van kinderscherming, namelijk dat hulp binnen de bestaande gezinssituatie wordt geboden ter noodzakelijke bescherming van de minderjarige. Als na verloop van tijd blijkt dat de maatregel van opvoedingsondersteuning niet voldoende is ter bescherming van de minderjarige, dient een verzoek te worden ingediend tot een zwaardere maatregel.

Op de maatregel van opvoedingsondersteuning zijn enkele varianten mogelijk. Zo kan door de kinderrechter een maatregel van opvoedingsondersteuning aan adolescenten worden uitgesproken. Met deze maatregel wordt binnen de bestaande situatie hulp in een gedwongen kader geboden aan minderjarigen van zestien en zeventien jaar oud die in staat zijn tot een redelijke waardering van belangen. De maatregel is gericht op het vergroten van de zelfstandigheid van de minderjarige. Ook hier geldt weer dat de maatregel niet kan samengaan met een UHP, tenzij er sprake is van een vrijwillige UHP. Voor het uitspreken van

---

84 Vgl. de in hfst. 10 besproken *Children's Aid Societies* zoals die bestaan in Canada, die zowel met de voorbereiding als met de uitvoering van kinderschermingsmaatregelen zijn belast.

de maatregel gelden dezelfde voorwaarden als hierboven, met als uitzondering dat de primaire doelstelling niet het behoud van de relatie tussen de ouders en de minderjarige is, maar het ondersteunen van de adolescent in het zelfstandig worden binnen de bestaande opvoedingssituatie. In plaats van een opvoedingsplan dient bij een verzoek tot een maatregel van opvoedingsondersteuning aan adolescenten dan ook een zogenaamd zelfstandigheidsplan te worden overgelegd.<sup>85</sup>

Een andere variant betreft de maatregel van omgangsondersteuning. Deze maatregel is niet gericht op de ondersteuning van de opvoeding van de minderjarige, maar op de ondersteuning van de omgangsproblematiek tussen een minderjarige en zijn ouders.<sup>86</sup> Het zal hierbij in de eerste plaats gaan om situaties waarin na echtscheiding of na het verbreken van de relatie een rechterlijke omgangsregeling is vastgelegd tussen de niet-verzorgende ouder en de minderjarige, terwijl de verzorgende ouder en/of de beide omgangsgerechtigden met deze omgangsregeling problemen hebben. Als de minderjarige gezien de ontwikkeling van zijn of haar persoonlijkheid of in het belang van zijn of haar gezondheid bescherming nodig heeft omdat deze schade ondervindt van de omgangsproblematiek en vrijwillige hulpverlening ter ondersteuning van deze problemen niet haalbaar (meer) is, kan de kinderrechter een maatregel van omgangsondersteuning opleggen. De kinderrechter zal deze maatregel slechts opleggen indien de voordelen van de maatregel groter zijn dan de nadelen, met andere woorden: als het in het belang van de minderjarige is dat de omgang in een gedwongen kader wordt begeleid. De doelstelling van de maatregel tot omgangsondersteuning is dan ook het verbeteren van de omgang tussen de minderjarige en de niet-verzorgende ouder. Als deze doelstelling niet (meer) kan worden bereikt of als dit voor de minderjarige schade oplevert, is er niet voldoende grond meer voor deze maatregel. Overigens gelden ook hier weer dezelfde maximale termijnen: na een maximale periode van een jaar is slechts verlenging voor telkens een jaar mogelijk als alle partijen akkoord gaan en de minderjarige zonder deze maatregel niet voldoende kan worden beschermd.

- *opvoedingsplaatsing*

De maatregel van opvoedingsplaatsing is een variant van de huidige ‘zware’ OTS, namelijk de OTS met UHP. Deze maatregel houdt dan ook altijd een scheiding van de ouders met gezag en de minderjarige in; de minderjarige is met deze maatregel altijd uit huis geplaatst. Is een UHP niet noodzakelijk, dan zal de lichte maatregel van opvoedingsondersteuning geëigend zijn. Hoewel de term ‘uithuisplaatsing’ de scheiding tussen ouders en minderjarigen benadrukt (de minderjarige wordt uit huis geplaatst), suggereert de term ‘opvoedingsplaatsing’ juist een tijdelijk karakter van de plaatsing van de minderjarige in het kader van de opvoeding omdat het uitgangspunt is dat de minderjarige thuis wordt opgevoed (zie het in paragraaf 2.1 geformuleerde uitgangspunt). Deze maatregel kan dus alleen worden uitgesproken bij een perspectief op terugplaatsing. De tijde-

---

85 Vgl. het *plan of independence*, zoals dat in Canada bestaat (zie hfst. 10, par. 3.2.3).

86 Vgl. de *family assistance order* in Engeland, die in de Children’s Act van 1989 is ingevoerd (s. 16) en is bedoeld “to provide short-term help to a family, to overcome the problems and conflicts associated with their separation or divorce”, dit ter onderscheiding en verduidelijking van de doelstelling van de *supervision order*, waar het om meer serieuze problemen gaat en een element van kindbescherming meespeelt. Zie White/Carr/Lowe (1995), p. 142-144; Lowe/Douglas (1998), p. 453-455.



lijke plaatsing van de minderjarige dient als middel om hulp te bieden bij de opvoeding en voor ouders betekent dit dan ook dat de juridische inhoud van de maatregel fundamenteel anders van aard is dan de huidige maatregel van OTS wanneer deze gepaard gaat met een langdurige UHP. De benaming ‘opvoedingsplaatsing’ houdt in dat ouders en hulpverlener samen betrokken zijn bij de verzorging en opvoeding van de minderjarige, terwijl de lichte maatregel tot ‘ondersteuning’ bij de opvoeding betekent dat de ouders meer eigen verantwoordelijkheid behouden. De maatregel tot opvoedingsplaatsing kan door de kinderrechter voor de duur van maximaal een jaar worden uitgesproken als de minderjarige gezien de ontwikkeling van zijn of haar persoonlijkheid of in het belang van zijn of haar gezondheid bescherming behoeft en lichtere vormen van hulpverlening niet (meer) mogelijk zijn. De kinderrechter geeft hierbij een machtiging UHP af voor een bepaalde categorie, bijvoorbeeld voor plaatsing in een pleeggezin of in een residentiële instelling. De GVI wordt belast met de uitvoering van de maatregel tot opvoedingsplaatsing. De minderjarige kan slechts geplaatst worden in de categorie waarvoor door de kinderrechter een machtiging is afgegeven. Voor een plaatsing van de minderjarige in een gesloten setting geldt behalve het extra vereiste dat het moet gaan om ernstige gedragsproblemen van de minderjarige dat de machtiging geldt voor een termijn van telkens maximaal zes maanden.

Het vereiste dat lichtere vormen van hulpverlening niet (meer) mogelijk zijn houdt in dat moet worden aangetoond dat vrijwillige hulpverlening niet (meer) haalbaar is en dat de maatregel van opvoedingsondersteuning niet voldoende is om de minderjarige te beschermen. In het verzoek tot een maatregel van opvoedingsplaatsing en in de uitspraak van de kinderrechter dient op deze beide aspecten te worden ingegaan. Verder dient de maatregel niet disproportioneel te zijn in het licht van het probleem en de beoogde doelstelling. Dit betekent dat een afgewogen keuze dient te worden gemaakt omtrent de categorie waarvoor een machtiging UHP wordt afgegeven en omtrent de duur van de maatregel. Op deze wijze wordt aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit inhoud gegeven. Ook voor deze maatregel geldt dat bij een verzoek aan de kinderrechter een opvoedingsplan moet worden ingediend.

De maatregel van voorlopige opvoedingsplaatsing kan zonder voorafgaand verhoor worden opgelegd als de behandeling ter zitting niet kan worden afgewacht zonder onmiddellijk en ernstig gevaar voor de minderjarige. Binnen twee weken dienen alle belanghebbenden alsnog door de kinderrechter te worden gehoord. De maximale duur van de voorlopige maatregel betreft drie maanden; binnen deze termijn dient voor de continuering van de hulpverlening in een gedwongen kader een verzoek te zijn ingediend tot een maatregel van opvoedingsondersteuning of opvoedingsplaatsing. Voor de maatregel van voorlopige opvoedingsplaatsing gelden kortom dezelfde rechtswaARBorgen als die nu voor de maatregel van voorlopige OTS gelden.

De doelstelling van de maatregel van opvoedingsplaatsing is primair het zoveel mogelijk bevorderen van de gezinsband tussen de ouders en de minderjarige en het zoveel mogelijk intact laten van de eigen verantwoordelijkheid van ouders. De GVI dient in de begeleiding bij de verzorging en opvoeding van de minderjarige dan ook zoveel mogelijk te werken aan hereniging van de verzorgende ouders en de minderjarige en aan het wegnemen van de problemen die aanleiding hebben gegeven tot de maatregel, waarna er niet voldoende grond meer is voor de maatregel van opvoedingsplaatsing. Als sprake is van een te-

rugplaatsing van de minderjarige na afloop van de opvoedingsplaatsing, kan er bij de kinderrechter wel een verzoek worden ingediend tot opvoedingsondersteuning, zodat de terugplaatsing in een gedwongen kader kan worden begeleid en niet ineens de steun van de GVI wegvalt. Vanzelfsprekend gelden ook nu weer dezelfde eisen voor het uitspreken van een maatregel tot opvoedingsondersteuning.

Voor een variant op deze maatregel, namelijk de maatregel van opvoedingsplaatsing voor adolescenten, geldt een andere doelstelling. Als een minderjarige van zestien of zeventien jaar in staat is tot een redelijke waardering van belangen en geen sprake is van ernstige gedragsproblemen (het gaat niet om een plaatsing in een gesloten setting), dan wordt met de maatregel beoogd om de minderjarige zoveel mogelijk te begeleiden en de zelfstandigheid van de minderjarige te vergroten. Hierbij kunnen de ouders nog wel een belangrijke rol spelen, maar wordt niet meer gewerkt aan hereniging van de ouders en de adolescent in de zin dat alles in het werk moet worden gesteld om tot een terugplaatsing van de minderjarige te komen. De maatregel dient te worden gebruikt om de minderjarige te helpen bij het zoveel mogelijk zelfstandig handelen en het uitoefenen van eigen verantwoordelijkheid. Bij het verzoek tot een maatregel van opvoedingsplaatsing voor adolescenten dient net als bij een maatregel van opvoedingsondersteuning voor adolescenten een zelfstandigheidsplan te worden overgelegd.

De primaire doelstelling van gezinshereniging bij de maatregel van opvoedingsplaatsing blijkt ook uit de maximale termijn voor de maatregel van opvoedingsplaatsing, namelijk voor de duur van een jaar. Na afloop van deze termijn kan de maatregel in principe nog eenmaal verlengd worden voor de duur van maximaal een jaar.<sup>87</sup> Gedurende maximaal twee jaar dient bij deze maatregel door de GVI dan ook alles in het werk te worden gesteld om de minderjarige weer terug te plaatsen bij de verzorgende ouders. Hiertoe is intensieve begeleiding van de minderjarige en de ouders met gezag noodzakelijk. Wachtlijsten voor de meest geschikte categorie bij een machtiging UHP van een minderjarige kunnen veel schade opleveren voor de minderjarige en de ouders met gezag, vooral gezien de maximale termijnen die gelden voor de duur van de maatregel. De overheid dient dan ook te garanderen dat er voldoende plaatsen beschikbaar zijn. De begeleiding in een gedwongen kader is in beginsel tijdelijk en dient dan ook gericht te zijn op het wegnemen van de problemen die tot deze vorm van bescherming van de minderjarige noodzakten.

Als de maatregel van opvoedingsplaatsing twee jaar heeft geduurd, is nog slechts bij uitzondering verlenging voor de duur van (telkens) maximaal een jaar (of voor plaatsing in een gesloten setting maximaal zes maanden) mogelijk indien dit noodzakelijk is ter bescherming van de minderjarige en het te verwachten resultaat groter is dan wanneer een maatregel van opvoedingsondersteuning zou worden uitgesproken, een vrijwillig hulpverleningstraject zou worden gestart of zou worden overgegaan tot een meer ingrijpende maatregel. Verder dienen alle partijen akkoord te gaan met de verlenging van de maatregel na de duur van twee jaar. Zowel de verzoekende partij (meestal de GVI) als de kinderrechter worden gedwongen om deze uitzondering op de maximale termijn in een concrete situatie voldoende te beargumenteren. Op deze wijze geldt de maximale termijn van twee jaar voor een maatregel van opvoedingsplaatsing als

---

87 Voor de plaatsing van een minderjarige in een gesloten setting geldt dat de termijn nog tweemaal voor een periode van zes maanden kan worden verlengd.

ijkpunt in de wet om een duidelijke afweging te maken over de toekomst van de minderjarige. Een deugdelijke belangenafweging is van essentieel belang gezien het feit dat de doelstelling van de maatregel van opvoedingsplaatsing onveranderd de hereniging van minderjarigen en ouders betreft. Is deze doelstelling niet (meer) haalbaar of op korte termijn niet realistisch, dan dient een andere maatregel van kinderbescherming te worden uitgesproken.

Er bestaat één uitzondering op het doorlopen van de maatregel na de totale duur van twee jaar, namelijk voor plaatsingen van de minderjarige in een pleeggezin. Verlenging van de maatregel na twee jaar is niet mogelijk voor pleeggezinplaatsingen die twee jaar hebben geduurd gezien het feit dat een minderjarige met pleegouders na verloop van tijd een *'family life'* opbouwt en een gehechtheidsrelatie aangaat. De nieuwe opvoedingssituatie van een minderjarige die met een maatregel van opvoedingsplaatsing in een pleeggezin is geplaatst, verdient na twee jaar dan ook extra bescherming.

- *opvoedingsplaatsing voor onbepaalde tijd met (beperkte) gezagsoverdracht*

Uiterlijk na afloop van de maximale termijn van twee jaar opvoedingsplaatsing, maar ook op een eerder moment na opvoedingsplaatsing<sup>88</sup>, kan de maatregel worden omgezet in een maatregel van opvoedingsplaatsing voor onbepaalde tijd. Nu geldt niet langer dat de duur van de maatregel maximaal een jaar is, waarna voor het voortduren van de maatregel een verlengingsverzoek moet worden ingediend. Er vindt geen jaarlijkse zitting meer plaats bij de kinderrechter. De maatregel van structurele opvoedingsplaatsing geldt voor onbepaalde tijd, maar kan altijd op verzoek van belanghebbenden door de kinderrechter worden opgeheven, eventueel in combinatie met het op verzoek uitspreken van een maatregel van opvoedingsondersteuning. De toevoeging van de term 'voor onbepaalde tijd' aan de benaming van de maatregel van opvoedingsplaatsing geeft aan dat de plaatsing in het kader van de opvoeding van de minderjarige structureel is in de zin dat er op korte termijn geen perspectief is op terugplaatsing. Dit betekent dan ook dat de hereniging tussen minderjarige en ouders door middel van een terugplaatsing niet meer als uitgangspunt wordt genomen, terwijl ouders wel nog duidelijk een belangrijke rol spelen bij de verzorging en opvoeding van de minderjarige elders.

De maatregel van opvoedingsplaatsing voor onbepaalde tijd heeft als doelstelling niet meer primair het herenigen van de minderjarige met de ouders, maar beoogt de minderjarige in de nieuwe opvoedingssituatie te begeleiden en de behoefte aan continuïteit en stabiliteit van de minderjarige te waarborgen. Deze maatregel betekent een omslagpunt in doelstelling van het zoveel mogelijk garanderen van het gezinsleven van de minderjarige met de eigen ouders naar het garanderen van zoveel mogelijk continuïteit en stabiliteit voor de minderjarige. Voor de plaatsing van een minderjarige in een pleeggezin geldt dat de nieuwe opvoedingssituatie nu zoveel mogelijk bescherming verdient. Als het gaat om een andere categorie machtiging UHP van de minderjarige, bijvoorbeeld om de plaatsing in een residentiële voorziening, dient het recht van de

---

88 Bij pleeggezinplaatsingen kan dit afhankelijk zijn van de leeftijd van de minderjarige. Hoe jonger de minderjarige is, hoe sneller deze een nieuwe gehechtheidsrelatie zal kunnen opbouwen met de pleegouders. Dit kan reden zijn om al voor de afloop van de maximale termijn voor de maatregel van opvoedingsbegeleiding van twee jaar een verzoek in te dienen tot een maatregel van structurele opvoedingsbegeleiding om inhoud te geven aan de gedachte van *permanency planning* (zie hfst. 10, par. 3.2.2).

minderjarige op continuïteit en stabiliteit te worden gezocht in de juiste vorm en hoeveelheid van contact tussen de minderjarige en de ouders. De ouders behouden hun ouderrol en dienen zoveel als mogelijk is een taak te vervullen bij de verzorging en opvoeding van de minderjarige.

Als de kinderrechter beslist tot een opvoedingsplaatsing voor onbepaalde tijd, kan dit samengaan met de overheveling van bepaalde gezagselementen naar de GVI of, in geval van een pleeggezinplaatsing, naar de pleegouders.<sup>89</sup> Zo kan bijvoorbeeld de GVI de bevoegdheid krijgen tot het nemen van medische beslissingen, of kan de bevoegdheid tot het nemen van beslissingen omtrent de dagelijkse verzorging en opvoeding, zoals de schoolkeuze, bij een pleeggezinplaatsing door de kinderrechter worden gelegd bij de pleegouders. De kinderrechter is vrij om op verzoek, of in geval van een pleeggezinplaatsing ambtshalve, bepaalde elementen van het gezag met betrekking tot de persoon van de minderjarige, het bewind over zijn vermogen en zijn vertegenwoordiging in burgerlijke handelingen over te hevelen. Dit kan voor alle partijen, en in het bijzonder voor de minderjarige, meer duidelijkheid scheppen over de opvoedingssituatie van de minderjarige. De ouders met gezag kunnen op grond van gewijzigde omstandigheden aan de kinderrechter verzoeken om de onderdelen van het gezag die tijdelijk door een ander worden uitgeoefend, weer zelf uit te oefenen. Voor pleeggezinplaatsingen geldt dat in principe alle elementen van het gezag bij de pleegouders worden gelegd, tenzij kan worden aangetoond dat dit niet noodzakelijk is ter bescherming van de minderjarige. De presumptie van gezagsoverdracht bij deze plaatsingen betekent dat concreet zal moeten worden gemotiveerd waarom dit in een bepaalde situatie niet voor alle elementen van het gezag noodzakelijk is. Als de minderjarige niet in een pleeggezin is geplaatst, dient in het concrete geval te worden geoordeeld wat een juiste verdeling van de verschillende onderdelen van het gezag is tussen de ouders en de GVI.

Na het aflopen van de maximale termijn van twee jaar voor de maatregel van opvoedingsplaatsing (of bij een verzoek tot een maatregel van opvoedingsplaatsing voor onbepaalde tijd vóór het aflopen van de maximale termijn), dient de kinderrechter op verzoek over de noodzaak tot het opleggen van een maatregel van opvoedingsplaatsing voor onbepaalde tijd te oordelen. Bij dit verzoek dient een zogenaamd plaatsingsplan te worden overgelegd, waarin een voorstel wordt gedaan omtrent de verdeling van de verschillende elementen van het gezag. In het plaatsingsplan moet de kinderrechter een concrete invulling kunnen vinden van de verdeling van juridische bevoegdheden tussen de ouders, de GVI en eventueel de pleegouders. Voor zover mogelijk dienen alle betrokkenen te zijn geraadpleegd voordat het plaatsingsplan wordt opgesteld. In het plaatsingsplan kan worden aangegeven of alle betrokkenen het eens zijn met de voorgestelde (juridische) taakverdeling voor wat betreft de verzorging en opvoeding van de minderjarige. Op basis van dit plaatsingsplan kan de kinderrechter tot een oordeel komen over de eventuele (gedeeltelijke) overdracht van het gezag van ouders.

- *gezagsbeëindiging*

De maatregel van gezagsbeëindiging is een maatregel voor onbeperkte duur waarmee het gezag van ouders door de kinderrechter wordt beëindigd. De term

---

<sup>89</sup> Vgl. de maatregel tot UHP in Québec, waarbij de kinderrechter de ouders ook bepaalde gezagscomponenten kan ontnemen; zie hfst. 10, par. 2.3.6 onder gezagsontneming.

‘beëindiging van gezag’ heeft een andere, meer neutrale lading dan de moraliserende term ‘ontneming van het gezag.’ Deze maatregel kan worden uitgesproken in situaties waar geen enkel reëel opvoedingsperspectief bij de ouders (meer) bestaat. Een voogdij-instelling zal in principe de voogdij gaan uitoefenen en verantwoordelijk worden voor de verzorging en opvoeding van de minderjarige, tenzij de voogdij bij een derde, zoals de dagelijkse verzorger en opvoeder, wordt gelegd. De maatregel van gezagsbeëindiging is in feite een samenvoeging van de huidige bestaande gezagsontnemende maatregelen van kinderscherming, namelijk de (gedwongen) ontheffing en de ontzetting.<sup>90</sup>

Een gezagsbeëindiging kan worden uitgesproken als de minderjarige in de eigen gezinssituatie gezien de ontwikkeling van zijn of haar persoonlijkheid of in het belang van zijn of haar gezondheid bescherming nodig heeft en de gezagsbeëindiging noodzakelijk is voor het garanderen van het recht van de minderjarige op continuïteit en stabiliteit in de verzorging en opvoeding. Lichter ingrijpen ter bescherming van de minderjarige door middel van een vrijwillig hulpverleningstraject of het uitspreken van een maatregel tot opvoedingsondersteuning of opvoedingsplaatsing (voor onbepaalde tijd) dient niet (meer) haalbaar te zijn. Verder moet kunnen worden aangetoond dat het te verwachten resultaat ter garandering van het recht van de minderjarige op continuïteit en stabiliteit groter is dan wanneer het gezag van ouders niet wordt beëindigd. Voor het uitspreken van de maatregel tot gezagsbeëindiging speelt het gedrag van ouders als zodanig geen rol; het uitgangspunt voor het uitspreken van de maatregel betreft het belang van de minderjarige.

De doelstelling van de gezagsbeëindiging is het garanderen van het recht van de minderjarige op voldoende continuïteit en stabiliteit in zijn of haar verzorging en opvoeding. Het zal meestal gaan om situaties waarin de minderjarige niet meer bij de ouders woont, maar elders wordt opgevoed. Na verloop van tijd kan blijken dat een lichtere maatregel van kinderscherming niet meer voldoende is ter realisering van de rechten van de minderjarige. Dit zal vooral zo zijn als ouders het niet eens zijn met een langdurige UHP van hun kind en op wat voor wijze dan ook aan de minderjarige trekken, waardoor zijn of haar ontwikkeling ernstige schade ondervindt. De maatregel van gezagsbeëindiging is in die situaties de geëigende maatregel om duidelijkheid te bieden omtrent het toekomstperspectief van de minderjarige. Het gezag over de minderjarige kan daar worden gelegd, waar het daadwerkelijk wordt uitgeoefend.

Na het uitspreken van de maatregel van gezagsbeëindiging kan door de ouders te allen tijde bij de rechter een verzoek worden ingediend om opnieuw met het gezag te worden belast. Als een UHP in een gedwongen kader nog noodzakelijk is, kan dit verzoek tot herstel in het gezag samengaan met een verzoek tot een maatregel van opvoedingsplaatsing. Als een thuisplaatsing van de minderjarige in zicht komt, kan de kinderrechter eventueel op verzoek een maatregel tot opvoedingsondersteuning uitspreken.

Een maatregel tot voorlopige gezagsbeëindiging kan zonder voorafgaand verhoor worden uitgesproken als een zitting niet kan worden afgewacht zonder on-

---

90 Ik zie dan ook geen reden om het onderscheid tussen een gezagsontnemende maatregel met en zonder verwijtbaarheid van ouders in stand te houden, nu het uitgangspunt het belang van de minderjarige is. Anders denkt Doek (1997), die een voorstel doet tot nieuwe maatregelen van ontneming (wel verwijtbaarheid) en ontslag (geen verwijtbaarheid) van het gezag. Van Wamelen (1998) ziet in de maatregel van ontzetting, waaruit een sterke afkeuring over het gedrag van ouders blijkt, als voordeel dat voor het kind het bevrijdende signaal kan uitgaan dat niet hij maar zijn ouders zich hebben misdragen; zij is dan ook niet zonder meer voor afschaffing van de ontzetting.

middelrijk en ernstig gevaar voor de minderjarige. Net als bij de maatregel tot voorlopige opvoedingsplaatsing geldt dat de belanghebbenden binnen twee weken door de rechter moeten worden gehoord. De maatregel kan worden opgelegd als er voldoende grond is tot het opleggen van een maatregel van gezagsbeëindiging, maar dit gezien de crisissituatie niet kan worden afgewacht. De maatregel kan ook worden uitgesproken als de minderjarige niet onder gezag staat of het gezag niet wordt uitgeoefend en daarom in het gezag moet worden voorzien. Deze maatregel komt overeen met de huidige maatregel van voorlopige voogdij en dezelfde rechtswaarborgen zijn van toepassing.

### *Verzoekers*

De maatregelen van kindbescherming kunnen door elke belanghebbende worden verzocht aan de kinderrechter. Belanghebbende is op grond van art. 798 Rv degene op wiens rechten of verplichtingen de zaak rechtstreeks betrekking heeft. Een ieder die op grond van art. 8 EVRM *'family life'* heeft met de minderjarige, is belanghebbende en kan een verzoek tot een maatregel van kindbescherming indienen. Dit betekent dat ouders, in tegenstelling tot de huidige wettelijke regeling, ook zelf een verzoek kunnen indienen tot gezagsbeëindiging.<sup>91</sup> Pas als dit noodzakelijk is ter bescherming van de minderjarige en ter garandering van het recht van de minderjarige op continuïteit en stabiliteit in de verzorging en opvoeding, zal de kinderrechter dit verzoek ook daadwerkelijk toewijzen. Er zijn dan ook voldoende garanties dat ouders niet zomaar afstand kunnen doen van hun ouderlijk gezag. Het getuigt echter van respect naar ouders toe om hen wel de mogelijkheid te geven een verzoek tot gezagsbeëindiging in te dienen. Een minderjarige van twaalf jaar of ouder kan, indien hij of zij in staat is tot een redelijke waardering van zijn of haar belangen, ook een verzoek tot een maatregel van kindbescherming indienen bij de kinderrechter.<sup>92</sup> Verder kunnen andere familieleden die op grond van art. 8 EVRM *'family life'* met de minderjarige hebben een verzoek indienen. Tenslotte kunnen de RvdK, die belast blijft met het voorbereiden van maatregelverzoeken, het OM en de GVI en/of de voogdij-instellingen een verzoek tot een maatregel van kindbescherming indienen. Zo kan de GVI bij de kinderrechter een verzoek indienen tot een maatregel van opvoedingsplaatsing voor onbepaalde tijd met gezagsbeperking van de ouders, terwijl de GVI in het huidige systeem voor het indienen van een verzoek tot een maatregel van (gedwongen) ontheffing is aangewezen op de bereidheid van de RvdK, omdat zij zelf niet bevoegd is. Dit alles bevordert de continuïteit in de hulpverlening.

## 11.3 Een nieuwe toekomst voor de kindbescherming

*“Wat er ook speelt in een land, laten het vooral de kinderen zijn.”*

91 In het rapport van de cie. Wiarda (1971) en het WIJN-rapport (1981) wordt ook al voorgesteld om ouders zelf de bevoegdheid te geven een verzoek tot gezagsontneming in te dienen. Zo ook Weterings (1993), i.t.t. de opvatting van de NGR (1993). Zie verder hfst. 7, par. 4.2.

92 Zo ook De Langen (1976). De NVVR stelt in 1972 voor om minderjarigen van veertien of zestien jaar de bevoegdheid te geven om maatregelverzoeken in te dienen. In het WIJN-rapport (1981) wordt een onderscheid gemaakt voor een verzoek tot een gezagsbeperkende maatregel, waarvoor geldt dat de minderjarige twaalf jaar of ouder moet zijn, en een verzoek tot een gezagsontnemende maatregel, die kan worden ingediend voor minderjarigen vanaf de leeftijd van veertien jaar.

Deze Loesje-leus geeft in feite precies aan welke boodschap met dit onderzoek is bedoeld uit te dragen. Regeringen komen en gaan, nieuwe coalities worden gevormd en nieuwe punten worden op de politieke agenda gezet. Dit heeft geleid tot honderd jaar kinderbeschermingsmaatregelen zonder wezenlijke inhoudelijke veranderingen.<sup>93</sup> Beoogde veranderingen die in de afgelopen eeuw onder de publieke aandacht kwamen, zijn steeds opnieuw afgeketst zodra nieuwe regeringen aantraden met nieuwe aandachtspunten. Er is voortdurend sprake geweest van een ad hoc-beleid voor wat betreft zowel wetgeving als het initiëren van onderzoeken naar kinderbeschermingsmaatregelen, zonder dat een politieke fundamentele bezinning op het maatregelenpakket het ooit heeft gehaald. Dit heeft geleid tot een verouderd maatregelenpakket dat niet meer van deze tijd is en bovendien niet aan de verplichtingen voldoet die voortvloeien uit het EVRM en het IVRK. Kinderbescherming heeft dan ook nooit hoog op de politieke agenda gestaan en werd meestal pas belangrijk geacht als dit gekoppeld was aan het tegengaan van jeugdcriminaliteit, waardoor de samenleving zou worden beschermd. Hopelijk zijn kinderen in nood hier niet de dupe van geworden en heeft hun recht op bescherming in de samenleving nog voldoende inhoud.

*“In Nederland is er geen gezinssituatie met minderjarigen waarover niet een verzoek tot OTS naar de huidige jurisprudentie slagen kan. En voor een wettelijke OTS met UHP is niet méér nodig. Het gaat er maar om of de kinderbewermer en de kinderbewermingsrechter het belang van het kind zo zien (...) Alle minderjarigen in Nederland zijn bij de huidige wetgeving en haar criteria te be-maatregelen.”*<sup>94</sup> Het is noodzakelijk om deze situatie zo snel mogelijk te beëindigen en een aanvang te maken met een wettelijk stelsel van kinderbewermering dat voldoende rechtvaardiging biedt voor de overheidsinbreuk in het gezinsleven ter bewermering van minderjarigen. De tijd is rijp voor een fundamentele herziening van de maatregelen van kinderbewermering. Minderjarigen en ouders verdienen het om serieus te worden genomen. Dit vereist een kinderbewermingsstelsel dat met voldoende waarborgen is omkleed en dat recht doet aan het respect voor het familie- en gezinsleven van een ieder in deze samenleving, en wel in de eerste plaats van minderjarigen.

---

93 Zie ook Brands-Bottema (diss. 1988) over de motivering door politieke partijen van (pogingen tot) formele wetgeving betreffende de overheidsbemoeyenis met de verzorging en opvoeding van kinderen door hun ouders. Zij concludeert dat het in de politiek veelal heeft ontbroken aan duidelijke beginselen m.b.t. overheidsingrijpen en dat er weinig inhoudsvolle, concrete argumenten zijn aangevoerd ter rechtvaardiging van dit ingrijpen.

94 Hoefnagels (1974).





## Samenvatting

Minderjarigen in de samenleving hebben recht op bescherming en zorg. In art. 3 lid 2 IVRK is bepaald dat *“de staten die partij zijn bij het verdrag zich ertoe verbinden het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn of haar welzijn, rekening houdend met de rechten en plichten van zijn of haar ouders, wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk voor het kind zijn, en hiertoe alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen nemen.”* Het recht op bescherming en zorg wordt in principe gewaarborgd door de ouders van een kind. Pas als ouders onvoldoende bescherming en zorg kunnen bieden aan een minderjarige, dient de overheid te garanderen dat deze bescherming en zorg worden geboden.

Door toepassing van de civielrechtelijke maatregelen van kinderbescherming, die in boek 1 BW zijn opgenomen, kan de minderjarige in een juridisch kader bescherming worden geboden. Op deze wijze geeft de Nederlandse overheid invulling aan haar verplichting om ieder kind te verzekeren van voldoende bescherming en zorg. Als een maatregel van kinderbescherming wordt opgelegd, betekent dit echter een inmenging in het gezinsleven van ouders en minderjarigen. Art. 8 EVRM bepaalt dat *“een ieder recht heeft op respect voor zijn familie- en gezinsleven.”* Op grond van art. 8 lid 2 EVRM is een inbreuk op dit recht slechts toegestaan voor zover dit bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. De inbreuk op het gezinsleven van ouders en minderjarigen door de overheid bij het uitspreken van een maatregel van kinderbescherming behoeft dan ook juridische rechtvaardiging.

In deze dissertatie staat de vraag centraal op welke wijze in de afgelopen honderd jaar directe rechtvaardiging is geboden voor Nederlandse overheidsinterventie in het gezinsleven ter bescherming van de minderjarige bij de toepassing van een maatregel van kinderbescherming en op welke wijze de rechtvaardiging kan worden verbeterd. Onder directe rechtvaardiging wordt een juridische rechtvaardiging verstaan die in de wet is vastgelegd en door de rechter in een concrete zaak wordt toegepast.

De directe rechtvaardiging kan in drie aspecten worden onderscheiden. Allereerst kunnen de rechtsgronden voor de maatregelen van kinderbescherming zoals die in de wet zijn opgenomen een directe rechtvaardiging bieden voor de overheidsinterventie in het gezinsleven. Een rechtsgrond geeft aan welke feiten ertoe leiden dat een maatregel noodzakelijk is ter bescherming van de minderjarige en kan uit één of meer open normen bestaan. Vervolgens kunnen de door de wetgever beoogde doelstellingen bij de toepassing van een maatregel van kinderbescherming directe rechtvaardiging bieden. Als de na te streven doelen bij de verschillende maatregelen voor een ieder duidelijk zijn, wordt de overheidsinterventie gerechtvaardigd door het feit dat deze doelen in een bepaalde situatie nog niet zijn behaald. Dit leidt er impliciet ook toe dat de grenzen tussen de verschillende maatregelen scherp zijn. Tenslotte kan een concrete rechtvaardiging worden geboden door de rechter die de wettelijke rechtvaardiging, afgeleid uit de rechtsgronden en doelstellingen, in concreto toepast. De concrete rechtvaardiging valt af te leiden uit de schriftelijke rechterlijke motivering als onderdeel van een rechterlijke uitspraak tot het opleggen of verlengen van een maatregel van kinderbescherming.

### *Ontstaan van de kinderbeschermingsmaatregelen*

Ruim honderd jaar geleden werd de roep om wettelijke bescherming van verwaarloosde minderjarigen steeds groter. Het zou mogelijk moeten worden om de tot dan toe absoluut geldende ‘vaderlijke macht’ wettelijk te beperken in het belang van de minderjarige. De ontzetting uit de vaderlijke macht was slechts als bijkomende straf opgenomen in het Wetboek van Strafrecht, maar bleek niet in alle situaties voldoende. De roep wordt aan het eind van de negentiende eeuw steeds groter om ouders die hun kinderen verwaarlozen of mishandelen hun juridische zeggenschap over de minderjarige te ontnemen. In de meeste westerse landen komen rond deze tijd speciale kindervetten tot stand die overheidsinterventie in het gezinsleven ter bescherming van de minderjarige mogelijk maken. Ook in Nederland wordt een wetsontwerp ingediend tot ontneming van de ‘ouderlijke macht’, die de tot dan toe geldende ‘vaderlijke macht’ vervangt. In het wetsvoorstel, dat na enige wijzigingen op 1 december 1905 in werking treedt, worden de civielrechtelijke maatregelen ontheffing van en ontzetting uit de ouderlijke macht opgenomen. Na een ontheffing of een ontzetting kunnen de ouders aan de rechter verzoeken om in de ouderlijke macht te worden hersteld. Ook wordt de tijdelijke maatregel van schorsing in de uitoefening van de ouderlijke macht en voorlopige toevertrouwing van de minderjarige wettelijk geregeld. De ontzetting als bijkomende straf vervalt. Als redenen voor de invoering van de kinderbeschermingsmaatregelen worden in de parlementaire stukken genoemd dat minderjarigen zodoende kunnen worden beschermd als ouders niet in staat zijn tot het bieden van een voldoende geschikte verzorging en opvoeding, dat particuliere instellingen die hulp bieden aan verlaten kinderen meer zekerheid kan worden geboden, omdat ouders hun kind niet langer kunnen opeisen na een maatregel van ontheffing of ontzetting, en dat jeugdcriminaliteit kan worden tegengegaan door vroegtijdig hulp te bieden, zodat minderjarigen niet verder ontsporen.

De nieuwe Voogdijraad, de voorloper van de RvdK, kan de rechter om een maatregel van ontheffing of ontzetting verzoeken. Het OM kan een ontheffing of ontzetting vorderen. Ouders kunnen niet zelf verzoeken om van de ouderlijke macht te worden ontheven of te worden ontzet; de gedachte is dat ouders niet zelfstandig de mogelijkheid moeten krijgen om afstand te kunnen doen van de verplichting tot verzorging en opvoeding van hun kinderen.

De rechtsgronden van de maatregelen van ontheffing en ontzetting verschillen van karakter. Een ontheffing kan worden uitgesproken als een ouder ‘*ongeschikt of onmachtig*’ is zijn plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen en zich niet tegen de maatregel verzet. Een ontzetting kan worden opgelegd zonder toestemming van ouders op grond van misbruik van de ouderlijke macht of grove verwaarlozing van de verplichting tot verzorging en opvoeding van de minderjarige, slecht levensgedrag, een onherroepelijke veroordeling van twee jaar of langer of een onherroepelijke veroordeling wegens een misdrijf gepleegd tegen of met de minderjarige. Het belangrijkste verschil tussen de beide rechtsgronden is dat het bij een ontzetting moet gaan om verwijtbaar gedrag van de ouders. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel is uitdrukkelijk gesproken over de vraag of de rechtsgronden concreet of ruim moeten worden geformuleerd. De wetgever heeft een voorkeur voor niet te concreet geformuleerde rechtsgronden, zodat de rechter voldoende ruimte houdt om in een specifieke situatie te beoordelen of er voldoende noodzaak is tot het uitspreken van een maatregel van kinderbescherming. Over de concrete doelstellingen van de

onthefing en de ontzetting wordt weinig gediscussieerd, al lijkt het dat een absolute scheiding tussen ouders en minderjarige het uitgangspunt is. Er is nauwelijks aandacht voor het belang van ouders en minderjarigen om na een maatregel van onthefing of ontzetting contact te houden.

De eerste jaren na de inwerkingtreding lijken de rechters nog weinig gebruik te willen maken van de door de wetgever toegekende beoordelingsvrijheid bij de toepassing van de maatregelen van kindbescherming. In de verschillende rechterlijke uitspraken wordt vooral geoordeeld over het gedrag van ouders dat een maatregel noodzakelijk maakt, terwijl weinig wordt verwezen naar het belang van de minderjarige. Overigens is het nauwelijks mogelijk om uit de verschillende uitspraken een concrete rechtvaardiging van de overheidsinterventie in het gezinsleven af te leiden: de rechterlijke motivering blijkt minimaal te zijn en veelal te bestaan uit standaardoverwegingen. Dit doet de wetgever besluiten om de rechterlijke motiveringsplicht wettelijk te verscherpen bij een wetswijziging van de Kinderwetten in 1909. De rechterlijke macht blijft echter minimaal gemotiveerde uitspraken leveren en in de jurisprudentie wordt na deze wetswijziging beslist dat een standaardmotivering voldoende is om aan de wettelijke motiveringsplicht te voldoen.

#### *Invoering van de OTS en toepassing van de maatregelen*

In de praktijk blijkt dat de maatregelen tot ontneming van de ouderlijke macht wel erg radicaal zijn en niet in alle situaties passend en effectief zijn. Er wordt dan ook naar andere oplossingen gezocht om minder absoluut op te treden en preventief hulp te bieden aan het gezin zonder dat een onthefing of een ontzetting wordt uitgesproken. Uit de Verenigde Staten komt de gedachte overwaaien van speciale kinderrechtsbanken en van een maatregel van *probation*, waarmee de minderjarige thuis hulp kan worden geboden. Deze ontwikkelingen leiden tot de indiening van een wetsvoorstel ter invoering van kinderrechtsbanken en van de maatregel van OTS, die als goede aanvulling op de maatregelen van onthefing en ontzetting wordt gezien. Een minderjarige kan door een kinderrechter voor de duur van telkens maximaal een jaar onder toezicht worden gesteld van een gezinsvoogd als deze zodanig opgroeit '*dat het met zedelijke of lichamelijke ondergang wordt bedreigd.*' De kinderrechter kan de gezinsvoogd aanwijzingen geven met betrekking tot de uitvoering van de OTS. Zo kan de minderjarige door de kinderrechter voor maximaal drie maanden in een observatietehuis worden opgenomen en voor maximaal zes maanden of een jaar in een tuchtschool worden opgenomen. De kinderrechter is zowel met de beslissing van de OTS als met de uitvoering daarvan belast. Naast de tijdelijke maatregel van schorsing van de ouderlijke macht en voorlopige toevertrouwing van de minderjarige wordt ook de tijdelijke maatregel van voorlopige OTS ingevoerd. De nieuwe regeling treedt op 1 november 1922 in werking.

De rechtsgrond voor het uitspreken van een OTS is niet op het gedrag van de ouders gericht, maar op de behoefte aan bescherming van de minderjarige. De OTS houdt geen ontneming van de ouderlijke macht in, maar kan tot een beperking van de ouderlijke macht leiden. Ook ouders kunnen verzoeken om een maatregel van OTS. De rechtsgrond voor OTS is open geformuleerd en biedt de rechter die over een verzoek tot OTS oordeelt dan ook veel beoor-

delingsvrijheid. Over de open norm wordt echter, in tegenstelling tot de discussie met betrekking tot de invoering van de Kinderwetten, nauwelijks gediscussieerd. De rechters lijken langzaam meer gebruik te maken van de beoordelingsruimte bij de toepassing van de maatregelen van kinderbescherming.

Over de praktische doelstellingen van een OTS wordt wel uitvoerig gesproken. Opnieuw wordt de bestrijding van jeugdcriminaliteit als reden aangevoerd voor de invoering van een civielrechtelijke beschermingsmaatregel. De preventieve werking van de maatregel wordt benadrukt: als vroegtijdig wordt ingegrepen in het gezinsleven en in een gedwongen kader hulp aan huis wordt geboden door een gezinsvoogd, kan dit een verdere inbreuk door het uitspreken van een maatregel van ontheffing of ontzetting voorkomen. De OTS lijkt dan ook vooral bedoeld om ouders en kind niet te scheiden.

De doelstelling van de OTS om een zwaardere inbreuk op het gezinsleven te voorkomen voert zozeer de boventoon, dat de maatregel van OTS veelvuldig wordt toegepast, zelfs in gevallen waar een gezagsontnemende maatregel meer op zijn plaats zou zijn. Voor ouders lijkt een OTS draaglijker te zijn dan een maatregel van ontheffing of ontzetting. Dit leidt ertoe dat een OTS veel vaker dan de wetgever voor ogen stond samengaat met een plaatsing van de minderjarige buiten het gezin. Hoewel dit wettelijk niet is geregeld, geeft de kinderrechtster ook aanwijzingen voor andere plaatsingen van de minderjarige dan die in een observatietehuis of een tuchtschool. De praktijk waarin een gezinsvoogd minderjarigen uit huis plaatst wordt door de Hoge Raad gesanctioneerd. Tegen dit soort plaatsingen kunnen ouders en minderjarigen geen hoger beroep instellen en verder zijn er geen wettelijke garanties voor wat betreft de duur van de UHP. De verhouding tussen de maatregel van OTS en de gezagsontnemende maatregelen verschuift steeds meer richting de OTS.

Bij wetsherziening van 1947 wordt gepoogd de veelvuldige toepassing van een OTS met UHP tegen te gaan in gevallen waar een ontheffing meer op zijn plaats zou zijn. De maatregel van gedwongen ontheffing wordt wettelijk ingevoerd. Ondanks verzet van ouders tot een maatregel van ontheffing kan deze worden opgelegd als de ouder een geestesstoornis heeft, als de partner van de ouder al is ontzet uit de ouderlijke macht, of als na een OTS van tenminste zes maanden blijkt dat deze maatregel onvoldoende is om de minderjarige voor zedelijke of lichamelijke ondergang te behoeden en de ouders ongeschikt of onmachtig zijn. Deze laatste grond zou moeten leiden tot een duidelijker onderscheid in de toepassing van de OTS en de ontheffing. Verder wordt de wettelijke mogelijkheid tot observatieplaatsing en tuchtschoolplaatsing in het kader van een OTS aan maximale termijnen gebonden. Het maatregelenpakket is nu compleet en zal tot op heden qua samenstelling ongewijzigd blijven.

Als blijkt dat de OTS met UHP op aanwijzing van de gezinsvoogd veelvuldig blijft voorkomen en opnieuw door de Hoge Raad wordt gesanctioneerd, besluit de wetgever in 1956 tot indiening van een wetswijziging die tot gevolg heeft dat een UHP in het kader van een OTS alleen nog maar met een rechterlijke beschikking kan worden gerealiseerd. De mogelijkheden tot UHP worden uitgebreid; behalve de observatieplaatsing en de plaatsing in een tuchtschool kan de kinderrechtster een minderjarige ook elders plaatsen ter verzorging en opvoeding. De maximale termijn van een UHP bij een maatregel van OTS wordt aan banden gelegd om het verschil in doelstelling tussen de maatregel van OTS en van ontheffing te benadrukken. Een OTS met UHP dient er volgens de

wetgever toe dat een goede opvoeding van de minderjarige in het gezinsverband wordt bevorderd, terwijl de ontheffing en de ontzetting nu juist een verwijdering van de minderjarige uit het gezin beogen. De UHP mag nog maximaal twee jaar duren bij een OTS; als dan nog niet het gewenste resultaat is behaald, dient voor een continuering van de UHP van de minderjarige te worden overgegaan tot de maatregel van ontheffing. Als extra grond voor een gedwongen ontheffing geldt dat na een UHP van anderhalf jaar blijkt dat dit niet voldoende is om de minderjarige te beschermen. Omdat de absolute termijn van twee jaar voor een OTS met UHP tijdens de behandeling van het wetsvoorstel tot veel kritiek leidt, worden bij amendement enkele uitzonderingsgronden op de tweejaarstermijn ingevoerd. Deze uitzonderingsgronden zullen in de praktijk ruimhartig worden toegepast om zodoende een OTS met UHP toch langer te laten voortduren. De pogingen van de wetgever om tot een meer duidelijke scheiding tussen de maatregel van OTS en ontheffing te komen om zodoende de verschillende doelstellingen helder te houden, worden in de rechtspraak dan ook tegen-  
gewerkt.

#### *Wetsherzieningen ter versterking van de rechtspositie*

Vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw is een tendens waarneembaar van een toenemende aandacht voor een versterking van de rechtspositie van betrokkenen bij een maatregel van kinderbescherming. In 1971 verschijnt het rapport van de commissie Wiarda, die door de regering was ingesteld met de opdracht zich te bezinnen op het kinderbeschermingsrecht. In het rapport worden belangrijke aanbevelingen gedaan met betrekking tot een herziening van het jeugdrecht, waaruit de roep om een versterking van de rechtspositie van minderjarigen doorklinkt. Het aanbod in de vrijwillige hulpverlening wordt vergroot en wordt als geschikt alternatief voor hulpverlening in een gedwongen kader gezien. De gedachte dat zo licht mogelijk dient te worden ingegrepen in het gezinsleven, eerst door middel van het gebruik van vrijwillige hulpverlening en vervolgens met een OTS, wordt steeds belangrijker. De discussie over een herziening van de kinderbeschermingsmaatregelen richt zich niet zozeer op een wijziging van de rechtsgronden of de doelstellingen, maar voornamelijk op een procedurele versterking voor ouders, minderjarigen en derden. De voorstellen die in de jaren zeventig worden gedaan om tot wijzigingen te komen met betrekking tot de kinderbescherming leiden echter niet direct tot wetsherzieningen.

Begin jaren negentig worden opnieuw enkele rapporten uitgebracht die pleiten voor een versterking van de rechtspositie van betrokkenen bij een maatregel van kinderbescherming. Dit leidt tot een wetsherziening van de maatregel van (voorlopige) OTS op 1 november 1995. De belangrijkste wijziging is dat de kinderrechter niet langer belast is met de uitvoering van de maatregel van OTS, omdat dit strijd zou kunnen opleveren met het recht op een onafhankelijke en onpartijdige kinderrechter zoals gegarandeerd in art. 6 EVRM. De GVI's worden nu verantwoordelijk voor de uitvoering van de OTS en de kinderrechter toetst nog slechts op verzoek. De tweede belangrijke doelstelling van de wetsherziening is een versterking van de rechtspositie van betrokkenen bij een OTS. Zo krijgen ouders, minderjarigen en pleegouders wettelijk meer mogelijkheden om beslissingen in het kader van een OTS door een rechter te laten toetsen. Hoewel in het oorspronkelijke wetsontwerp aan

pleegouders een blokkaderecht was toegekend bij een OTS, wordt gezien de uiteenlopende reacties besloten om dit toch niet in het wetsvoorstel op te nemen. Wel wordt alsnog bij amendement als waarborg op de ruime bevoegdheid van de GVI's een controlemechanisme ingevoerd. De RvdK krijgt de taak om bepaalde beslissingen van de GVI te toetsen. De gejuridiseerde OTS-regeling blijkt in de praktijk echter voor betrokkenen bij een OTS niet direct te leiden tot een daadwerkelijke versterking van hun rechtspositie. De procedure wordt juridisch ingewikkeld bevonden, waardoor de wettelijke mogelijkheden om beslissingen te toetsen maar weinig worden gebruikt.

De tijdelijke maatregel van voorlopige toevertrouwing wordt in 1997 wettelijk gewijzigd in de tijdelijke maatregel van voorlopige voogdij. Ook bij deze wetsherziening worden meer rechtswaarborgen in de wet opgenomen. Zo kan de voorlopige voogdij zonder voorafgaand verhoor worden opgelegd als binnen twee weken alsnog verhoor plaatsvindt. Als binnen zes weken geen verzoek tot een definitieve maatregel is ingediend, vervalt de maatregel van voorlopige voogdij. De RvdK is niet langer belast met de zorg over een minderjarige die aan hem is toevertrouwd. Een voogdij-instelling krijgt nu de tijdelijke voogdij over de minderjarige. Deze wetsherziening betekent opnieuw een versterking van de rechtspositie van betrokkenen, in de eerste plaats van ouders en minderjarigen.

### *Rechtsgronden en doelstellingen*

De aandacht voor duidelijke rechtsgronden en doelstellingen is de afgelopen decennia steeds meer naar de achtergrond verdwenen. Het is opmerkelijk dat bij de meest recente wetsherzieningen nauwelijks enige discussie is gevoerd over de toenemende verruiming van de toepassing van de maatregel van OTS en de toenemende vertroebeling van de doelstellingen van de verschillende maatregelen van kinderbescherming. De directe rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezinsleven ter bescherming van de minderjarige is dan ook steeds onduidelijker geworden en is steeds moeilijker af te leiden uit de parlementaire stukken. De rechter behoudt hiermee een ruime beoordelingsvrijheid bij de toepassing van de maatregelen van kinderbescherming.

De keuze voor open normen binnen de rechtsgronden voor de maatregelen van kinderbescherming is in Nederland niet verrassend in vergelijking met andere rechtsgebieden, waar ook veel open normen worden gebruikt. Het gebruik van open normen in de wetgeving, waarmee een meer individuele benadering kan worden voorgestaan, is de afgelopen decennia steeds toegenomen. Het gebruik van open normen voor overheidsinterventie in het gezinsleven ter bescherming van de minderjarige lijkt geen strijd op te leveren met art. 8 EVRM zolang de wettelijke formulering voldoende duidelijk is en rechterlijke toetsing van de interpretatie van de formulering in de praktijk mogelijk is. Het gebruik van open normen in de kinderbescherming biedt de rechter meer beoordelingsruimte en valse negatieven (als ten onrechte de minderjarige niet wordt beschermd) worden voorkomen. De onzekerheid voor betrokkenen bij het gebruik van open normen voor overheidsinterventie in het gezinsleven kan worden gecompenseerd door een sterke rechtspositie van betrokkenen. De directe rechtvaardiging van de overheidsinterventie is echter moeilijk herleidbaar vanwege het gebruik van de open normen binnen de rechtsgronden voor de maatregelen van kinderbescherming.

De verschillende doelstellingen van de kinderbeschermingsmaatregelen bieden ook geen heldere directe rechtvaardiging van de overheidsinterventie in het gezinsleven, te meer omdat de doelstellingen de afgelopen decennia steeds onduidelijker zijn geworden. De grenzen tussen de verschillende maatregelen, met name tussen de OTS en de ontheffing, zijn daarom ook minder helder. De wettelijk geformuleerde doelstelling van een OTS om ouders zoveel mogelijk verantwoordelijkheid te laten behouden voor de verzorging en opvoeding van de minderjarige door het bieden van hulp en steun kan in een aantal situaties waar een OTS wordt toegepast niet effectief zijn. Zo geldt voor een oudere minderjarige die bekwaam is en de behoefte heeft om zelfstandig te handelen en zijn of haar leven naar eigen inzicht in te richten wel wettelijk dat naast de primaire doelstelling tot hereniging van de ouders en de minderjarige als doelstelling geldt dat gewerkt wordt aan de zelfstandigheid van de minderjarige, maar het is onduidelijk hoe beide doelstellingen zich tot elkaar verhouden. Een OTS die wordt gebruikt om een minderjarige delinquent de benodigde hulp te bieden en hem of haar zodoende op het rechte pad te brengen (eventueel met een UHP in een gesloten setting) is nergens met zoveel woorden wettelijk omschreven, terwijl deze doelstelling niet noodzakelijkerwijs primair is gericht op hereniging tussen ouders en kind. Ook het gebruik van een OTS om na de scheiding van ouders een omgangsregeling tot stand te brengen tussen een ouder en de minderjarige leidt tot onduidelijkheid als er geen verdere factoren zijn die aantonen dat de minderjarige bescherming nodig heeft. Tenslotte is bij de wetsherziening van de OTS in 1995 de maximale termijn van twee jaar voor een UHP bij een OTS uit de wet verdwenen. Dit heeft tot toenemende onduidelijkheid geleid in situaties waar een OTS met UHP wordt gebruikt voor langdurige plaatsingen van minderjarigen, vooral als het gaat om jonge kinderen in pleeggezinnen. De vraag is wanneer een OTS niet langer voldoende is en een ontheffing meer op zijn plaats zou zijn. In de jurisprudentie van de Hoge Raad is de tendens doorgezet dat zo licht mogelijk dient te worden ingegrepen; als ouders instemmen met de UHP van hun kind, is een OTS met UHP voldoende en is er geen reden om een ontheffing te verzoeken. De maatregel van OTS lijkt echter niet geschikt voor langdurige pleeggezinplaatsingen.

De maatregel van ontheffing wordt soms toegepast bij draagmoederschap om het gezag van de draagmoeder te ontnemen en vervolgens te kunnen toekennen aan de wensouders. Ook deze wijze van gebruik van een kinderbeschermingsmaatregel is wel ter discussie gesteld; een ontheffing zou niet beoogd zijn voor dergelijke situaties. De onmogelijkheid voor ouders om zelf een verzoek tot ontheffing van hun gezag in te dienen heeft in 1976 geleid tot het wetsontwerp *Afstand Ouderrechten*, maar dit vond de wetgever uiteindelijk toch een brug te ver. Ouders die zelf inzien dat het voor hun kind beter is dat het gezag bij anderen wordt gelegd, zijn dan ook nog steeds afhankelijk van anderen voor het indienen van een verzoek tot ontheffing.

Kortom, er heerst nog veel onduidelijkheid over de verschillende doelstellingen van de maatregelen van kinderbescherming. Dit leidt ertoe dat ouders en minderjarigen ook geen helder inzicht kan worden geboden in wat bereikt moet worden om tot een situatie te komen waarin een maatregel niet langer noodzakelijk is. Duidelijke, concreet geformuleerde doelstellingen zouden juist aan ouders en minderjarigen een heldere directe rechtvaardiging kunnen bieden voor de overheidsinterventie in hun gezinsleven en zouden een impuls kunnen zijn om te werken aan verbeteringen die een maatregel niet langer nodig maken.

### *Rechterlijke motivering*

Nu is gebleken dat de bestudering van rechtsgronden en doelstellingen van de maatregelen door de jaren heen niet tot duidelijke directe rechtvaardiging heeft geleid, zou slechts de rechterlijke motivering bij uitspraken in het kader van een maatregel van kinderbescherming tot een concrete juridische rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezinsleven kunnen leiden. De wetgever heeft herhaaldelijk het belang van een duidelijke rechterlijke motivering benadrukt als gewezen werd op de onduidelijke rechtsgronden of de weinig heldere doelstellingen van de maatregelen van kinderbescherming. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat door de Hoge Raad geen hoge eisen aan de rechterlijke motiveringsplicht worden gesteld. Uit een standaardmotivering van een hogere rechter kan volgens de Hoge Raad worden afgeleid dat deze rechter hetzelfde standpunt inneemt als de rechter in eerste aanleg. Deze zogenaamde ‘inleestechiek’ wordt ook voorgestaan door het Europees Hof bij beslissingen over de rechterlijke motiveringsverplichting op grond van art. 6 lid 1 EVRM. De Hoge Raad heeft herhaaldelijk benadrukt dat voor OTS-beschikkingen geen zware motiveringseisen gelden. De verantwoordelijkheid tot rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezinsleven die door de wetgever bij de rechter is gelegd, krijgt hiermee geen inhoud.

Nu er geen zware rechterlijke motiveringseisen gelden, nauwelijks cassatieberoep wordt ingesteld en kinderrechtters in eerste aanleg veelal gebruik maken van standaardformuleringen ter motivering van hun beslissingen in kinderbeschermingszaken, is een empirische studie verricht om meer zicht te krijgen op de rechterlijke motivering bij Gerechtshoven van OTS-zaken. Uit dit onderzoek blijkt dat het met de rechterlijke motivering door de Gerechtshoven in OTS-zaken waartegen hoger beroep is aangetekend nog zo slecht niet is gesteld. Het aantal standaardmotiveringen is laag (twaalf procent). Een aantal aspecten die een bestanddeel kunnen vormen van de rechterlijke motivering kunnen naar aanleiding van dit onderzoek worden onderscheiden. Deze aspecten kunnen ook dienen als leidraad voor motiveringen van rechterlijke beslissingen in het kader van een OTS. Zo kan de rechtmatigheidstoetsing (waarom is gedwongen hulpverlening noodzakelijk en kan niet worden volstaan met vrijwillige hulpverlening; waarom is een gedwongen UHP noodzakelijk?) een belangrijk onderdeel vormen van de inhoudelijke motivering. Het wetscriterium oftewel de rechtsgrond van de maatregel kan in concreto worden toegepast in de zin dat het verband tussen de gezinssituatie of de problematiek van de minderjarige en het criterium duidelijk wordt gemaakt. De aard van de problematiek kan in de motivering worden genoemd en het belang van de minderjarige kan inhoud worden gegeven. Ook kan verwezen worden naar deskundigenrapporten en kan genoemd worden dat een dubbele toetsing (toetsing van de beslissing van de kinderrechter en een hernieuwde toetsing) is verricht. Al deze aspecten kwamen voor in het onderzoeksbestand van Hofbeschikkingen dat is gebruikt voor het empirisch onderzoek.

### *Naar een nieuw en gerechtvaardigd kinderbeschermingsstelsel*

Hoewel blijkt dat de OTS-beschikkingen in hoger beroep door de rechter meestal inhoudelijk worden gemotiveerd, leidt het feit dat kinderrechtters in eerste aanleg meestal gebruik maken van standaardmotiveringen en het feit dat de vereisten voor de rechterlijke motiveringsplicht in de jurisprudentie zeer licht



zijn tot de conclusie dat de concrete directe rechtvaardiging voor overheidsinterventie in Nederland voor wat betreft de rechterlijke motivering onder de maat is. Nu ook de rechtsgronden en de doelstellingen van de maatregelen van kinderbescherming geen duidelijke directe rechtvaardiging bieden en de recente wetswijzigingen slechts hebben geleid tot een versterking van de rechtspositie van betrokkenen bij een maatregel, kan gesteld worden dat Nederland niet aan de verdragsrechtelijke verplichtingen van art. 8 EVRM en van het IVRK voldoet omdat niet voldoende gerechtvaardigd inbreuk wordt gemaakt op het gezinsleven van ouders en minderjarigen. Het moment is dan ook aangebroken voor een fundamentele herziening van de kinderbeschermingsmaatregelen en een verbetering van het klimaat van kinderbescherming. Hiertoe wordt een aantal aanbevelingen gedaan, die deels voortkomen uit het rechtsvergelijkend onderzoek naar rechtvaardiging van overheidsinterventie bij kinderbescherming in Canada. In Canada zijn de afgelopen decennia namelijk vele wetswijzigingen doorgevoerd en verschillende nieuwe projecten gestart ter verbetering van het stelsel van kinderbescherming. Dit alles kan ter inspiratie dienen bij het denken over een verbetering van de rechtvaardiging van kinderbescherming in Nederland.

De aanbevelingen zijn gefundeerd op een drietal uitgangspunten bij kinderbescherming. Het eerste uitgangspunt is het recht van de minderjarige op bescherming van het gezinsleven met de eigen ouders. Dit recht dient voor alles gegarandeerd te worden. Het tweede uitgangspunt is het recht van de minderjarige op continuïteit en stabiliteit bij bescherming. Dit kan betekenen dat als het eerste uitgangspunt vanwege de noodzaak tot bescherming van de minderjarige niet langer kan worden gewaarborgd, de minderjarige recht heeft op een toekomst in een nieuwe gezinssituatie die dient te worden beschermd. Beide uitgangspunten vloeien ook voort uit art. 8 EVRM en uit het IVRK. Het derde uitgangspunt is de noodzaak tot een directe rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezinsleven ter bescherming van de minderjarige. Hierbij moet worden aangetoond dat de minderjarige gezien de ontwikkeling van zijn of haar persoonlijkheid of in het belang van zijn of haar gezondheid bescherming nodig heeft en dat lichter ingrijpen niet mogelijk (meer) is. De toetsing aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit dient inzichtelijk te worden gemaakt en de na te streven doelstellingen bij een maatregel van kinderbescherming dienen in duidelijke taal te worden verwoord.

Het klimaat van kinderbescherming kan op korte termijn zonder ingrijpende wetswijzigingen worden verbeterd ter verdere implementatie van de drie geformuleerde uitgangspunten in het systeem van kinderbescherming door een viertal aanbevelingen door te voeren. Ten eerste dient meer dan tot nog toe het geval is de eigen verantwoordelijkheid van gezinnen te worden benadrukt en versterkt om zonder maatregel van kinderbescherming oplossingen te vinden voor de problematiek die maakt dat de minderjarige bescherming nodig heeft. De voorwaarde voor het uitspreken van een OTS dat vrijwillige hulpverlening moet hebben gefaald of naar alle verwachting zal falen, kan zodoende meer inhoud worden gegeven. De recente vorming van de Bureaus Jeugdzorg en de in aankomst zijnde Wet op de Jeugdzorg kan leiden tot een verbetering van het behoud van eigen verantwoordelijkheid van gezinnen, omdat vraag en aanbod van diverse vormen van hulpverlening beter op elkaar kunnen worden afgestemd en de RvdK pas wordt ingeschakeld na de screening van een hulpvraag binnen het Bureau Jeugdzorg. Het werken met vrijwillige hulpver-

leningscontracten tussen gezinnen en hulpverleners, zoals dat in Canada wettelijk is geregeld, kan leiden tot een concretisering en verduidelijking van de na te streven doelen van de hulpverlening, die in overleg met ouders en minderjarige worden opgesteld. Ook minderjarige adolescenten van zestien jaar en ouder zouden zelfstandig een vrijwillig hulpverleningscontract moeten kunnen aangaan met een zorgaanbieder. Tenslotte zou het gebruik van kinderbeschermingsbemiddeling een goede aanvulling zijn op het huidige aanbod in de hulpverlening. Kinderbeschermingsbemiddeling zou kunnen worden gebruikt bij conflicten tussen ouders, minderjarigen, pleegouders en hulpverleners, zowel voordat een maatregel van kinderbescherming wordt verzocht als bij de uitvoering van een maatregel. De bijzonder positieve resultaten die met het gebruik van bemiddeling bij kinderbescherming zijn behaald en de positieve reacties van betrokkenen in Canada vragen om een start van experimenten met kinderbeschermingsbemiddeling in Nederland.

Een tweede aanbeveling ter verbetering van het klimaat van kinderbescherming is om aan betrokkenen bij een maatregel meer juridische bijstand te bieden. Ouders en minderjarigen verdienen als zwakke partij tegenover een machtig kinderbeschermingsapparaat voldoende juridische bescherming in de zin van rechtsbijstand, vooral nu de wettelijke regeling van OTS steeds ingewikkelder is geworden. Elke minderjarige in de leeftijd van twaalf jaar of ouder die in staat is tot een redelijke waardering van belangen zou bij een (verlengings-)verzoek tot UHP (bij OTS of bij gezagsontneming) automatisch juridische bijstand moeten krijgen. Ouders zouden juridisch moeten worden bijgestaan in elke zaak waarin het gaat om een UHP van hun kind zonder dat ze het hier mee eens zijn. Voor alle andere zaken zou juridische bijstand aan ouders moeten worden gestimuleerd.

De derde aanbeveling houdt in dat voor elke UHP van een minderjarige meer juridische toetsing zou moeten worden geboden. Ouders, minderjarigen en pleegouders verdienen meer rechtsbescherming bij een wijziging van de verblijfplaats van de minderjarige in het kader van een OTS. Voor elke overplaatsing of terugplaatsing van de minderjarige die onder toezicht is gesteld en '*family life*' heeft opgebouwd met een pleeggezin dient een rechterlijke machtiging vereist te zijn. Andere 'verplaatsingen' van de minderjarige dienen op verzoek door een rechter te moeten kunnen worden getoetst. Ook op de plaatsingspraktijk van de voogdij-instellingen bij de uitvoering van een maatregel van ontheffing en ontzetting is meer controle nodig.

Als laatste aanbeveling ter verbetering van het klimaat van kinderbescherming is een verbetering van de rechterlijke motivering vereist, zodat de concrete directe rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezinsleven kan worden verbeterd. De eerder genoemde aspecten voor een deugdelijke motivering kunnen hierbij als leidraad dienen.

Naast een verbetering van het klimaat van kinderbescherming is het voor een voldoende garandering van de geformuleerde uitgangspunten noodzakelijk dat een fundamentele bezinning plaatsvindt ter herziening van het huidige maatregelenpakket. Een herziening van het maatregelenpakket is noodzakelijk voor een verbetering van de directe rechtvaardiging van overheidsinterventie in het gezinsleven ter bescherming van de minderjarige. Met deze herziening zou een verduidelijking van de verschillende doelstellingen kunnen worden bewerkstelligd, terwijl de rechtsgronden vanuit de behoefte van de minderjarige zouden

kunnen worden geformuleerd. Dit alles zou de toepassing van de maatregelen van kinderscherming voor de rechters vergemakkelijken.

Als aanzet tot een fundamentele herziening wordt een voorstel gedaan tot een wijziging van de huidige maatregelen in de volgende maatregelen, die door elke belanghebbende (ouders, minderjarigen, verzorgers, RvdK, GVI en OM) kunnen worden verzocht:

- *opvoedingsondersteuning*; intensieve begeleiding binnen het gezin als een minderjarige wettelijke bescherming nodig heeft gezien de ontwikkeling van zijn of haar persoonlijkheid of in het belang van zijn of haar gezondheid en vrijwillige hulpverlening niet (meer) mogelijk is voor maximaal een jaar, waarbij een opvoedingsplan moet worden opgesteld. Na een jaar is slechts verlenging mogelijk als alle partijen akkoord gaan. Varianten op deze maatregel zijn de opvoedingsondersteuning aan adolescenten (met een zelfstandigheidsplan) en de omgangsondersteuning.
- *opvoedingsplaatsing*; dit is feitelijk de huidige maatregel van OTS met UHP en betekent dan ook altijd een UHP van de minderjarige waarbij de ouders en de hulpverlener samen verantwoordelijk zijn voor de verzorging en opvoeding van de minderjarige voor de termijn van maximaal een jaar met een totale maximale duur van twee jaar. Na twee jaar kan slechts bij uitzondering de maatregel worden verlengd, waarbij alle partijen akkoord moeten zijn en een zware motiveringsplicht op de kinderrechter rust. De doelstelling van deze maatregel is het zoveel mogelijk bevorderen van de gezinsband tussen de ouders en de minderjarige en het zoveel mogelijk intact laten van de eigen verantwoordelijkheid van ouders. De voorlopige opvoedingsplaatsing kan zonder voorafgaand verhoor worden opgelegd als binnen twee weken alsnog verhoor plaatsvindt bij de kinderrechter. Een variant op deze maatregel is de opvoedingsplaatsing voor adolescenten, waarbij de doelstelling anders is, namelijk om de zelfstandigheid van de minderjarige te vergroten.
- *opvoedingsplaatsing voor onbepaalde tijd met (beperkte) gezagsoverdracht*; deze maatregel, waarbij een plaatsingsplan moet worden opgesteld, geldt voor onbepaalde tijd, maar kan altijd op verzoek door de rechter worden opgeheven, en heeft als doelstelling de minderjarige in de nieuwe opvoedingssituatie te begeleiden en de behoefte van de minderjarige aan continuïteit en stabiliteit zoveel mogelijk te waarborgen. De maatregel kan samengaan met de overheveling van bepaalde gezagselementen of van het gehele ouderlijk gezag naar de GVI of naar de pleegouders.
- *gezagsbeëindiging*; deze maatregel dient te worden toegepast in situaties waarin geen enkel reëel toekomstperspectief bij ouders meer bestaat en leidt ertoe dat de voogdij over een minderjarige door een voogdij-instelling wordt uitgeoefend. De doelstelling van deze maatregel is het garanderen van het recht van de minderjarige op voldoende continuïteit en stabiliteit in de verzorging en opvoeding. Ouders kunnen een verzoek tot herstel in het gezag indienen. De voorlopige gezagsbeëindiging kan zonder voorafgaand verhoor voor de duur van twee weken worden opgelegd.

Het valt te hopen dat een fundamentele discussie over dit alles hoog op de politieke agenda komt te staan, want minderjarigen en ouders verdienen een kinderbeschermingsstelsel dat met voldoende waarborgen is omkleed en recht doet aan het respect voor het gezinsleven, met andere woorden een kinderbeschermingsstelsel waarbij voldoende directe rechtvaardiging wordt geboden van de overheidsinterventie in het gezinsleven ter bescherming van minderjarigen.



# Justification of Child Protection

## Towards a New Child Protection System After 100 Years of Child Protection

### Summary

Every child has the right to protection and care. Article 3.2 of the Convention on the Rights of the Child states that “*States Parties undertake to ensure the child such protection and care as is necessary for his or her well-being, taking into account the rights and duties of his or her parents, legal guardians, or other individuals legally responsible for him or her, and, to this end, shall take all appropriate legislative and administrative measures.*” The right to protection and care is primarily guaranteed by the parents of a child. The state takes over the parents’ role only when the parents cannot offer this to their child themselves.

A child can be offered protection in a legal framework by applying one of the child protection orders that are regulated in the Dutch Civil Code. In this way the Dutch government fulfils its duty to ensure the right of every child to sufficient protection and care. But when a judge makes a child protection order, this implies an intervention of the right to respect for family life of parents and children. Article 8 of the European Convention on Human Rights states that “*every person has a right to respect for private and family life.*” Section 2 of this article states that an interference of this right is only justified when the interference is in accordance with the law and is necessary in a democratic society for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others. An interference of the right to respect for family life of parents and children thus needs judicial justification.

The central question of this thesis is in which way in the last one hundred years direct justification has been given for Dutch state intervention in family life to protect a child by the application of a child protection order, and how this justification can be improved. Direct justification means judicial justification that has a basis in national law and is applied by a judge in the specific circumstances of a case.

Three different aspects of direct justification can be distinguished. First, the principles and definitions concerning the child protection orders that are stated in the law can offer a direct justification of state intervention in family life. The various norms that are included in a legal definition concerning a child protection order, such as ‘*in the best interests of the child*’, give the conditions under which a child protection order is necessary and justified. The legal definitions can contain one or more open or more specific norms. Secondly, the objectives of the child protection orders that are offered by the legislator can propose a direct justification of state intervention. If the objectives of the various child protection measures are sufficiently distinguished and clear to everyone, justification of state intervention is offered by the fact that these goals have not yet been reached. This implicitly means that the limits between the various child protection orders are clearly defined. Lastly, a concrete justification can be given by a judge who applies the judicial justification (definitions and objec-

tives) in the specific circumstances of a case. Concrete justification can be found in the written reasoned judgement of a judge concerning a child protection order.

### *Legal Introduction of Child Protection*

Towards the end of the nineteenth century there was a growing recognition for legal protection of neglected children. It was thought that the absolute power of a father over his children ('*patria potestas*') should be judicially limited in the best interests of the child. Deprivation of (absolute) parental authority was then only possible as a punitive measure; in practice this possibility was not sufficient to always protect children when necessary. In most civilised countries special 'children's laws' were enacted that led to justified state intervention in family life in order to protect children. At the end of the nineteenth century, in the Netherlands a bill was drafted to regulate the possibility of judicial deprivation of parental authority of one or both parents (parental authority of the father was changed into parental authority of both parents). The adapted draft bill came into force on the first of December 1905 and introduced the possibility of two different child protection orders, each leading to a deprivation of parental authority (the so-called '*onthefing*' and '*ontzetting*'). Parents could always ask to revoke the order of deprivation, which, if granted, leads to a reinstatement of parental authority. Furthermore, an interim custody order could be made when a child is in immediate danger or when a child is not being cared for by his parents. The possibility of deprivation of parental authority as a punitive measure was no longer open. In the preparatory works of the bill the following reasons for introducing child protection orders in civil law were mentioned: children can now be protected by the state when parents are incapable of offering the child sufficient care and upbringing, private agencies which offer help to neglected and abandoned children can offer better help to children after a deprivation order because parents can then no longer claim and exploit their child, and child delinquency can be prevented by early intervention in troubled families.

The newly established Children's Aid Societies were given the power by law to request an order of deprivation of parental authority to the court; also the Public Prosecutor could request a child protection order. Parents were not given the possibility to request their own deprivation of parental authority; the reason for this restriction is that parents should not be given the possibility of renouncing their duty to care and upbringing of their children without the interference of an agency.

The conditions under which the two care orders can be made are fundamentally different. A so-called '*onthefing*' can be made with the parents' consent when a parent is *unfit or incapable* to fulfil the duty to care and upbringing of the child. A so-called '*ontzetting*' can be made without the parents' consent on the basis of abuse of parental authority, serious neglect of the duty to care and upbringing of the child, living conditions of the parent that endanger the child, or when a parent is sentenced for two years or more for any crime or has committed a criminal offence with the child. The main difference between both care orders is that in the second order one can speak of reproachful conduct of a parent, whereas the first order can be made without blaming the parents. During the drafting of the bill one of the discussion topics was the question whether the

conditions under which an order can be made should be formulated in broad terms or with sufficient precision. The legislator has shown a clear preference for a regulation that is rather broad in its terms, so that the court has sufficient discretion to decide about the necessity of a care order in the specific circumstances of a case. In the preparatory works very little can be found referring to a discussion about the specific objectives of the child protection orders, although it seems that an absolute separation of parents and child was the basic assumption after a deprivation order. There was little thought for the importance of parents and children keeping in touch after a care order was made.

During the first years after the enactment of the child protection bill judges seemed hesitant to use their broad discretion in child protection cases. In the various judgements emphasis was placed on parents' behaviour, while the best interests of the child were scarcely mentioned. It is hardly possible to find a concrete justification of state intervention in family life in the various judgements: judgements were barely clearly motivated and were often made up of standard clauses. Therefore in 1909 the legislator decided to judicially sharpen up the legal duty to reasoned judgements by amending the law. Still the judiciary continued to furnish minimally reasoned judgements. After the amendment the Dutch Supreme Court decided that a reasoned judgement that consists of standard clauses complied with the legal duty of a judge to sufficiently motivate a written judgement; this decision provided a precedent for similar cases.

#### *Introduction of Supervision Order and Application of Child Protection Orders*

In practice the child protection orders were often experienced as being too radical in nature and not efficient and appropriate in every situation. Therefore there was a search for other, less radical solutions to offer preventive help to troubled families, without resorting to deprivation of parental authority. The introduction of special juvenile courts and probation workers in other countries, for example in the United States, was an inspiration to the growing insight of the desirability of a supervision order to offer help inside the family without separating parents and child and without depriving parents of their parental authority. These developments led to a new draft bill for the introduction of a special juvenile court judge and a new child protection order, namely the supervision order, in addition to the two care orders and the interim care order. The draft bill regulated that a supervision order is limited in time to a maximum of one year and can be made when a child's physical or mental development is jeopardised; a social worker, a so-called '*gezinsvoogd*', is responsible for the actual support of child and parents. The special juvenile court judge can give these social workers specific orders concerning the execution of a supervision order. The judge can also decide to place the child for up to three months in a special home for observation, or for up to six months in a reform school. Thus the special juvenile court judge is responsible for both the judicial decision concerning a supervision order and for the execution of the order. Furthermore, a second interim order, namely an interim supervision order, was introduced. The new regulation came into force on the first of November 1922.

The conditions under which a supervision order could be made were not focused upon the parents' behaviour but were aimed at the best interests of the child. A supervision order implied the possibility of a limited restriction of



parental authority instead of a (total) deprivation of parental authority. Parents could request a supervision order without the interference of a Children's Aid Society. The definition of the legal grounds for a supervision order was formulated in rather broad terms and this implied a large margin of discretion for the juvenile judge deciding the necessity of a supervision order. In contrast to the introduction of the care orders, in the preparatory works no discussion can be found about the broad formulation of the definition of a supervision order. Judges seemed less hesitant to use their margin of appreciation in the application of child protection measures.

In the preparatory works considerable attention was given to the practical objectives of a supervision order. Again prevention of child delinquency was mentioned as one of the reasons for the introduction of a new child protection order. The preventive effect of the supervision order was emphasised in the parliamentary discussion: an early intervention in family life by way of mandatory assistance to the family by a social worker could prevent further state intervention in family life, in other words, could prevent the application of a care order. The supervision order thus seemed to be mainly intended to leave families intact instead of separating parents and child.

This goal of the newly introduced supervision order, namely to prevent further state intervention in family life, predominated so much so that the order was widely used, even in cases in which a care order would be more suitable and effective. Parents seemed to cope better with the idea of a supervision order than with a care order; a supervision order that does not lead to a deprivation of parental authority is more bearable. Therefore a supervision order in combination with a placement of the child was made much more often than the legislator had envisioned. Juvenile court judges also gave orders for placements other than for observation or for correction, although this was not regulated by law. Social workers also made decisions concerning placement of children under their supervision; this practice was sanctioned by the Dutch Supreme Court. Parents and children had no right to appeal in these cases. Furthermore, there were no legal safeguards concerning the maximum period of time of these placements. The application of the supervision order in proportion to the care orders moved more and more towards a constant rise of supervision orders in combination with placements of children under supervision.

In 1947 the legislator tried by amendment of the child protection regulation to counteract the wide application of supervision orders in combination with the placement of a child in cases in which a care order would be more appropriate and efficient. The so-called '*onthefing*' without the parents' consent was legally enforced. The conditions under which this care order could be made without the parents' consent are: mental incapability of a parent, a care order ('*ontzetting*') concerning the other parent, or a supervision order for a period of six months or more that turns out to be insufficient to protect the child in case a parent is unfit or unsuitable to care for the child. This amendment was meant to lead to a clearer distinction between the application of a supervision order and a care order. Furthermore, the legal possibility of placement for observation or correction of the child in case of a supervision order was limited in time. After this amendment the composition of various child protection orders has not changed until now.

When it turned out that a supervision order in combination with the placement of a child decided by a social worker remained common practice and was again

sanctioned by the Dutch Supreme Court, in 1956 the legislator decided to submit an amendment of the law that resulted in a new regulation subscribing a judgement for every placement in combination with a supervision order. The various placement possibilities were enlarged by law; besides the placement for observation and the correction placement a child could be placed somewhere else in the best interests of his care and upbringing. The maximum period of time for a placement in combination with a supervision order was legally restricted to emphasise the different goals of a supervision order and a care order. The legislator envisioned the use of a supervision order in combination with a placement of the child in order to encourage sufficient care and upbringing of the child in its own surroundings (thus without the separation of family members), whereas a care order should be used when separation of parents and child was necessary and irrevocable. A supervision order in combination with a placement order was limited to a total period of two years. If there had not been sufficient improvements in the family that could lead to the return of the child to the parents, a care order should be made in order to continue the placement of the child. The amendment further led to one extra condition under which a care order could be made: if after one and a half years a placement order proved to be insufficient to protect the child, a care order could be made.

During the parliamentary discussion of the draft amendment the absolute limitation of a placement order of two years was highly criticised. Therefore some changes to the draft amendment were enacted; some exceptions to the absolute limitation of a placement order were included in the new regulation. In practice these exceptions were largely applied to continue a placement order after two years. The efforts of the legislator to better distinguish the supervision order and the care order and thus to clarify the different objectives were thus crossed in legal practice.

#### *Amendments to Strengthen the Legal Rights of Parents and Child*

The 1970s and 80s saw a number of developments that changed the child protection system, placing greater emphasis on the legal rights of parents and children in the child protection system. The report of the Wiarda committee, which was established by the government with the assignment to reflect on the various child protection orders, was published in 1971. The report included various recommendations concerning a revision of family law, that focused upon the reinforcement of the legal rights of minors. There was a growing awareness that too many children were being taken into state care, often with harmful long-term consequences. More child care services (voluntary) were provided to prevent children from becoming in need of child protection services. There was a growing recognition that leaving children in parental care by offering preventive, voluntary help to troubled families is preferable to a child protection order. The principle of the least intrusive alternative was of growing importance and it was thought that where a child protection order was being considered, the order should not be made unless doing so would be better for the child than making no order at all. The discussion about the revision of the child protection system was mostly focused on the strengthening of legal rights of parents, children and others, and was not so much related to any changes concerning the definitions of child protection orders or the objectives of the

various orders. The recommendations in the seventies concerning amendments of the child protection legislation did not lead directly to actual amendments.

In the early nineties again some reports were made public in which several recommendations were made in order to strengthen the legal position of parents, children and others who are involved in a child protection procedure. This led to an amendment of the (interim) supervision order on the first of November 1995. The most important change was that the juvenile judge instituting the supervision order is no longer responsible for the execution of the order because this could be a violation of the right to an independent and impartial trial as is guaranteed in Article 6 of the European Convention on Human Rights. Now the family supervision agency is responsible for the execution of a supervision order; the juvenile judge only decides whether to issue the order. The second important goal of the amendment was to strengthen the legal position of persons who are involved in a child protection procedure. Parents, children and foster parents now have more legal opportunities to appeal against decisions concerning a supervision order. Although in the draft amendment foster parents were given the right to block a decision to place a foster child outside the foster family after one year or more (the so-called '*blokkaderecht*'), because of the differing comments to this proposal this suggestion was withdrawn. Since the family supervision agencies now have a very broad discretion and power to make decisions about the supervised children's care, the Children's Aid Society is given the legal duty to check on certain decisions of the agency. In practice the judicialization of the supervision order has not led to the experience of a stronger legal position of those who are involved in a child protection procedure. Parents, children and others involved have the opinion that the regulation is judicially too complicated, which also implies that the possibilities of appeal are hardly used.

The interim care order was revised in 1997; more judicial safeguards are included in the new regulation. An interim care order can only be made without a prior court hearing when a child is in immediate danger. A hearing has to be held within two weeks after the order is made in order to continue the interim care order. The interim care order expires after six weeks unless a request is submitted to the court to make a child protection order. The Children's Aid Society is no longer responsible for the execution of the interim care order; this is now performed by the care agency. This amendment also shows a strengthening of the legal position of parents, children and others involved.

### *Definitions and Objectives of Child Protection Orders*

The call for clear legal definitions and objectives of the child protection orders has decreased over the last decades. Remarkably, in the preparatory works of the last two abovementioned amendments to child protection regulations little is mentioned about the increased application of supervision orders and the increased lack of clarity of the objectives of the various child protection orders. Direct justification of state intervention in family life to protect the child has become more unclear and can no longer be easily distilled from the preparatory works. Juvenile judges have a broad discretion and a wide margin of appreciation when they are deciding about a child protection case.

The use of vague and broad terms in the definitions of the child protection orders is not surprising when compared to other Dutch regulations, in which

many open norms can also be found. The use of broad terms in legislation, which implies a more individualised approach, has increased over the last decades. The use of broad terms for state intervention does not seem to be a violation of Article 8 of the European Convention on Human Rights as long as the relevant law is formulated with sufficient precision, is accessible and foreseeable and is subject to judicial review. The use of open norms in child protection legislation means that juvenile judges have more discretion and that false negatives (when a child is wrongly not protected) can be avoided. The strong legal position of those involved in the child protection procedure compensates the uncertainty caused by the use of open norms for state intervention in family life. But open norms as part of the definition of child protection orders do not offer a clear justification of state intervention.

The different objectives of the existing child protection orders, which have become more vague, do not offer a clear direct justification of state intervention in family life either. The distinction between the various child protection orders, especially between the supervision order and the care order (*'onthefffing'*), have become more blurred. The legal definition of the objective of the supervision order, namely the preservation of the responsibility of parents to care and upbringing of their child by way of supporting the family, cannot be effectively fulfilled in several cases in which a supervision order is made. For example, the stated objective for a supervision order in regard to an older minor who is capable and wanting to live independently is that the independence of the minor has to be supported, but the main objective to preserve family life of both minor and parents prevails according to the law. Balancing these different objectives leads to uncertainty. The use of a supervision order for a child delinquent is aimed at preventing criminal behaviour; this is not legally formulated, although the legal primary goal of preserving family life is not always obvious in these situations. Furthermore, a supervision order is sometimes used to enforce access between parent and child after separation, but when there are no factors indicating that the child's physical or mental development or his health is jeopardised it is unclear whether a supervision order is appropriate. Lastly, the amendment of the supervision order in 1995 has resulted in the withdrawal of the maximum period of two years for a placement of a supervised child. This has led to growing uncertainty, especially when a supervision order is made for a long-term placement of a young child in a foster family. In this situation one can wonder when a supervision order is no longer appropriate and when a care order is more suitable. The Dutch Supreme Court has repeatedly emphasised the principle of non-intrusiveness: as long as parents agree to a placement of their child, a supervision order in combination with a placement order suffices and there is no need for a care order. Nevertheless, a supervision order seems inappropriate for long-term foster care placements.

A care order is sometimes made in cases of surrogate motherhood. In this way the surrogate mother can be deprived of her parental authority; this authority can then be attributed to the new parents. The use of a care order for these cases is criticised because a care order is according to some judges not meant to be interpreted in this way. In 1976 the impossibility for parents of delegating or renouncing their parental authority has led to the submission of a draft bill *'Renunciation of Parental Authority'*, but finally the legislator withdrew the draft bill. Therefore, parents who have the insight that their child is better off

when the parental authority is given to other caregivers are still dependent upon others to request a care order.

Overall there are many uncertainties about the different objectives of the various child protection orders. Parents and child cannot be offered a clear understanding of what has to be improved in order to terminate a child protection order. With clear and precise formulation of objectives parents and child could be offered a concrete direct justification of state intervention in their family life and this could be an impulse to improvements to take away the need of protection.

### *Reasoned Judgement*

Now that it has been made clear that the exploration of the introduction and legal development of the formulated terms and objectives of the various child protection orders in the last century has not led to a clear and sufficient direct justification of state intervention in the family, only the reasoned judgements of child protection orders could offer a specific judicial justification. The legislator has repeatedly emphasised the importance of a clear reasoned judgement when the open norms and the uncertainty of the different objectives of the child protection orders were criticised. But the Dutch Supreme Court has never required a high standard of the duty to reasoned judgement. According to the Dutch Supreme Court, a motivation of a judge in appeal that consists of standard clauses implies that the earlier decision is upheld. This so-called '*incorporation technique*' is also supported by the European Court on Human Rights in decisions concerning the duty of a judge to reasoned judgement on the basis of Article 6 of the European Convention on Human Rights. The Dutch Supreme Court repeatedly stated that no heavy duty of reasoned judgement applies to decisions concerning a supervision order. The responsibility to justify state intervention in family life that the legislator has delegated to the judiciary is in this way without significant meaning.

Because of the lack of a substantive legal duty to reasoned judgement, the fact that hardly any child protection cases make it to the Dutch Supreme Court and the fact that juvenile court judges often use standard clauses in their judgements, an empirical study has been carried out of judgements in appeal concerning supervision orders. It can be concluded that the reasoned judgements in appeal of decisions concerning supervision orders are sufficiently satisfying. Only twelve percent of all appeal cases in 1997 include only standard clauses. Several components of a reasoned judgement can be distinguished and can also be used as a guideline for sufficiently reasoned judgements. The '*necessity test*' (why is mandatory judicial family assistance necessary and is voluntary care not sufficient; why is involuntary placement of the child necessary?) can be an important element of the specific reasoned judgement. The different components of the definition of the supervision order can be mentioned and can be paired with the specific circumstances of the case. For example, the problematic family situation or the problems surrounding the child can be specifically named in the judgement and the best interests of the child can be illustrated. Furthermore, expert reports concerning the minor can be mentioned and it can be made clear that the judge in appeal has performed two tests: one to verify the decision of the juvenile court judge and one to perform a new balancing of interests in the light of the changed circumstances of the case. All the abovementioned

components of a reasoned judgement were found in the different appeal judgements of this research.

### *Towards a New and Justified Child Protection System*

The results of the empirical study have shown that appeal judgements concerning supervision orders are sufficiently motivated. Still, because of the fact that juvenile court judges mostly use standard clauses to justify their decisions and because there is no heavy duty to reasoned judgement, it can be concluded that the specific justification of state intervention in family life is not sufficient in the Netherlands. Furthermore, the legally defined causes and objectives of the various child protection orders do not offer a clear justification and recent amendments by law have only led to a strengthening of the legal position of parents, children and others involved in a child protection case. Therefore, in conclusion, the Netherlands does not fulfil the obligations on the basis of Article 8 of the European Convention on Human Rights and the Convention of the Rights of the Child because state intervention in family life of parents and children is not, or at least not sufficiently, justified. The moment has come for a fundamental revision of the child protection orders and for improvement of the child protection system. To this end I will present some recommendations that are partly based on my comparative study of justification of child protection in Canada. In the last decades, Canada has enforced many amendments to provincial child protection regulations and has started many pilot projects to improve the child protection system. These developments could be used as a source of inspiration for an improvement of the Dutch child protection system.

My recommendations are based on three fundamental principles of child protection. The first principle is the right of every child to respect of family life with his or her natural parents. This right must always be guaranteed. The second principle is the right of every child involved in a child protection case to stability and continuity in his or her care. This could imply that a child has a right to a new future in a new family setting if the first principle can no longer be sufficiently guaranteed in the best interests of the child. Both principles also result from Article 8 of the European Convention on Human Rights and the Convention on the Rights of the Child. The third principle is the need to direct justification of state intervention in family life to protect a child. This means that it has to be shown that a minor is in need of protection because of the child's developmental needs or health and that no less intrusive means of intervention is sufficient. Insight is required in a balancing test of proportionality and subsidiarity and the objectives of a child protection order have to be clearly formulated.

In the short term the child protection system can be improved without radical amendments in four ways. First, the autonomy and integrity of the family unit should be emphasised more strongly, strengthened and better supported, and help to a child in need of protection should, wherever possible, be provided on the basis of mutual consent. In this way one of the conditions for a supervision order, namely that there is no less intrusive (voluntary) means sufficient to protect a child, can be more emphasised. The recent foundation of the child care centres, the so-called '*Bureaus Jeugdzorg*', and the new draft bill concerning child care can help to further develop the goal of preserving families, because demand and supply are better tuned and the Children's Aid Society will only start an investigation after the screening of the child care centre has proven that

no less intrusive, voluntary course of action is feasible. Voluntary care agreements between families and social workers, as is more and more used and regulated by law in Canada, can lead to a clarification of the specific objectives of care by way of formulating these objectives in close coordination with the families. Adolescent minors aged sixteen to eighteen should also be able to enter into a voluntary care agreement independently of parents. Furthermore, the use of child protection mediation can be a useful supplement to the now existing care services. Child protection mediation could be an efficient instrument to solve conflicts between parents, children, foster parents and social workers, both before and after a child protection order has been made. The successful and promising results of child protection mediation as a new tool in the child protection system and the positive experiences of those involved in child protection mediation in Canada call for the start of pilot projects concerning the use of child protection mediation in the Netherlands.

Secondly, those involved in a child protection procedure should be offered better legal representation. Parents and children have to fight against a powerful child protection mechanism and therefore deserve the right to sufficient legal protection by way of legal representation, especially now that the regulations concerning the supervision order have become more and more complicated. Every minor aged twelve years or older who is able to understand and appreciate the nature of his or her interests should have legal representation for every decision concerning a placement (either in combination with a supervision or a care order). Parents should have legal representation in every child protection case concerning a placement of their child without their consent. In all other child protection cases, legal representation of parents should be stimulated.

Thirdly, every child placement should be subject to judicial review. Parents, children and foster parents deserve more procedural safeguards when decisions are made about the change of placement of a child in combination with a supervision order. For every change of a foster care placement of a supervised child who has a 'family life' with the foster parents, a judgement should be required. Other changes of placements of a minor should be subject to judicial review on request. Furthermore, the placement policy of care agencies, who are responsible for the execution of care orders, should be subject to a better review.

Lastly, in order to improve the child protection system a raised standard of reasoned judgement is needed, so that the specific direct justification of state intervention in family life can be clarified. The earlier mentioned components can be used as a guideline for a sufficiently reasoned judgement.

In order to satisfactory guarantee the formulated principles of child protection, except for an improvement of the child protection system a fundamental review of the various child protection orders is needed. This review is inevitable to improve a direct justification of state intervention in family life to protect a child. With this review a clarification of the various objectives of child protection orders could be realised and the best interests of the child could be the starting point of the definitions of child protection orders. All this could facilitate the decision-making of juvenile court judges concerning child protection cases.

I would recommend an amendment of the existing child protection orders and suggest the creation of the following child protection orders, that can be requested by anyone involved in a child protection procedure (parents, minors,

caregivers, Children's Aid Society, family supervision agencies, Public Prosecutor):

- *family support order*: intensive assistance inside the family for up to one year when a child is in need of protection because of the child's developmental needs or health and when no less intrusive means of intervention is sufficient. A family support plan must be formulated. After one year the family support order can only be extended when all parties agree. Variations of this order are an adolescent support order (a plan of independence is needed) and an access support order (to be used in cases in which access difficulties between parent and child, often after separation caused by a parent who is reluctant to enforcement of access between the other parent and the child, lead to a need of protection of the child).
- *placement order*: this is in fact the equivalent to the existing supervision order in combination with a placement order and implies a placement of a child. A social worker and the parents have a shared responsibility for the care and upbringing of a child for a maximum first period of one year and for a total period of two years. After two years the order can only be extended by exception when all parties agree; in that case a juvenile court judge has a heavy duty of reasoned judgement. The objective of this order is to support the autonomy and integrity of the family unit as much as possible and to leave the parental responsibilities intact as much as possible. The interim placement order can be made without a prior hearing if a hearing is held within two weeks after the order is made. A variation of this order is an adolescent placement order which implies a different objective, namely to support and increase the independence of the minor.
- *permanent placement order in combination with a (partial) delegation of parental responsibilities*: this order is not limited in time, but can always be revoked by a judge upon request. A placement plan must be formulated. The objective of the permanent placement order is to support the child in a new environment and to guarantee the child's need for continuity of care and stability as much as possible. A permanent placement order can be made in combination with a decision to delegate (aspects of) parental responsibilities to a family supervision agency or to foster parents.
- *termination of parental responsibilities order*: this order is applicable only in cases where there is no future perspective for a child in the natural family. Therefore all parental responsibilities are transferred to a care agency. The objective of this order is to guarantee the right of a child to sufficient continuity of care and stability in the life of the child. Parents can always request a revocation of the order. An interim termination of parental responsibilities order can be made for two weeks without a prior hearing.

It is to be hoped that a fundamental discussion of improvements of the child protection system will be high on the political agenda, because children and parents deserve a child protection system with sufficient safeguards. They deserve a system that respects their right to respect for family life; in other words, a child protection system that offers sufficient direct justification of state intervention in family life to protect a child.





## Literatuur

### *Algemeene Vergadering 1916*

*Algemeene Vergadering (nr. 9) van de Nederlandsche Vereeniging voor Armenzorg en Weldadigheid te Amsterdam*, Geschriften van de Nederlandsche Vereeniging voor Armenzorg en Weldadigheid te Amsterdam nr. XX, Beraadslaging over Samenwerking tusschen Armenzorg en Voogdijraden, Haarlem: Tjeenk Willink & Zoon, september 1916, p. 18-77.

### Asser 1897

Asser, H.L., *Bescherming van minderjarigen. Eene studie over het ouderlijk gezag en de voogdij*, Haarlem: De Erven Bohn, 1897.

### Asser 1898

Asser, H.L., *Enkele kanttekeningen op het ontwerp van wet tot wijziging en aanvulling van de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek omtrent de vaderlijke macht en de voogdij en daarmede samenhangende artikelen*, Haarlem: De Erven Bohn 1898.

### Asser/Vranken 1995

Asser, C., J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlandse burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

### Asser/De Boer 1998

Asser, C., J. de Boer, *Mr. A. Asser's Handleiding tot beoefening van het Nederlandse burgerlijk recht. Personen- en familierecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

### Bac 1998

Bac, J.R., *Kinderrechter in strafzaken – evolutie en evaluatie* (diss. VU), Deventer: Gouda Quint 1998.

### Baker 1995

Baker, Maureen, *Canadian Family Policies- Cross-National Comparisons*, Toronto (CA): University of Toronto Press Inc. 1995.

### Bala 1991

Bala, Nicholas, An Introduction to Child Protection Problems, in: Bala, Nicholas, Joseph P. Hornick, Robin Vogl (red.), *Canadian Child Welfare Law- Children, Families and the State*, Toronto (CA): Thompson Education Publishing Inc. 1991, hfst. 1, p. 1-16.

### Bala 1995

Bala, Nicholas, Developments in Family Law: the 1993-94 Term; The Best Interests of the Child, in: *The Supreme Court Law Review*, vol. 6, 1995, p. 453-474.

### Bala 1999

Bala, Nicholas, Reforming Ontario's Child and Family Services Act: Is the Pendulum Swinging Back Too Far? in: *Canadian Family Law Quarterly*, vol. 17, nr. 2, december 1999, p. 121-189.

### Barendrecht 1992

Barendrecht, J.M., *Recht als model van rechtvaardigheid –beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992.

Barendrecht 1993

Barendrecht, J.M., Controle, aanvaarding en bestrijding- motivering en verantwoording tegenover de maatschappij, in: *Gemotiveerd gehuldigd. Opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 35-51.

Barnhorst/Walter 1991

Barnhorst, Dick, Bernd Walter, Child Protection Legislation in Canada, in: Bala, Nicholas, Joseph P. Hornick, Robin Vogl (red.), *Canadian Child Welfare Law- Children, Families and the State*, Toronto (CA): Thompson Education Publishing Inc. 1991, hfst. 2, p. 17-32.

Barnhorst 1986

Barnhorst, Richard F., Child Protection Legislation: Recent Canadian Reform, in: Barbara Landau (red.), *Children's Rights in the Practice of Family Law*, Toronto (CA): Carswell 1986, hfst. 8, p. 255-298.

Barsky 1999

Barsky, Allan, Community Involvement Through Child Protection Mediation, in: *Child Welfare*, 1999, p. 481-501.

Barsky 1997

Barsky, Child Protection Mediation, in: Kruk, E. (red.), *Mediation and Conflict Resolution in Social Work and the Human Services*, Chicago (USA): Nelson-Hall 1997, hfst. 7, p. 117-139.

Bartels 1995

Bartels, Han, Drie jeugdbeschermingsmaatregelen is één maatregel in de praktijk (met twee sporen), in: *Drie treden –over politiek, beleid en recht. Opstellen aangeboden aan Job de Ruiter ter gelegenheid van zijn 65<sup>e</sup> verjaardag*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 213-220.

Van Bemmelen 1891

Bemmelen, P. van, De maritale en vaderlijke magten en de roeping van het publiek ministerie, in: *WvR*, jrg. 1891, no. 6067.

De Beneditty 1910

Beneditty, N. de, *Ouderlijke macht en kinderscherming* (diss.), Amsterdam: Joh. Jesse 1910.

Ten Berge 1997

Berge, J.B.J.M. ten, *Bescherming tegen de overheid, Nederlands algemeen bestuursrecht 2*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink i.s.m. NISER 1997.

Van den Bergh 1915

Bergh, L. van den, *De Belgiese Kinderwet van 1912 met de Nederlandse vergeleken* (diss.), Amsterdam: Amsterdamsche Boek- en Steendrukkerij 1915.

Bernard/Shelton 1995

Bernard, Claire, Danielle Shelton, *Les personnes et les familles*, Montréal (CA): les Editions Adage Inc. 1995, tome 1, module 6.

Bernard/Ward/Knoppers 1992

Bernard, Claire, Robin Ward, Bartha Maria Knoppers, "Best Interests of the Child" Exposed: A Portrait of Quebec Custody and Protection Law, in: *Canadian Journal of Family Law*, vol. 11, nr. 1, 1992, p. 57-149.

Bernstein 1994

Bernstein, Marvin M., Towards a New Approach to Child Representation: How Less is More in Child Welfare Proceedings, in: *Canadian Family Law Quarterly*, vol. 10, 1994, p. 187-267.

Bernstein 1996

Bernstein, Marvin M., Child Protection Mediation: Its Time has Arrived, in: *Canadian Family Law Quarterly*, vol. 16, februari 1996, p. 73-119.

Bestuur der Vereeniging Armenzorg 1894

Bestuur der Vereeniging Armenzorg, gevestigd te Arnhem; adres van 23 januari 1894 aan Zijne Excellentie den Minister van Justitie, in: *WvhR*, jrg. 1894, no. 6472.

Bestuur der Vereeniging tot steun van verwaarloosden en gevallen 1893

Bestuur der Vereeniging tot steun van verwaarloosden en gevallen, gevestigd te Amsterdam; adres van 2 december 1893 aan Zijne Excellentie den Minister van Justitie, in: *WvhR*, jrg. 1893, no. 6418.

Van Beugen/Doek/Van der Seijs/Winkler 1975

Beugen, M. van, J.E. Doek, L. Van Der Seijs, H. Winkler, *De kortste weg van jeugdbescherming naar jeugdwelzijnswerk*, Meppel: Boom 1975.

De Bie 1927

Bie, H. de, Gebrek aan plaatsruimte voor minderjarigen, die met den Kinderrechter in aanraking kwamen, in: *NJB* 1927, p. 229-235.

De Bie 1922

Bie, H. de, Toespraak van 4 november 1922 n.a.v. de Eerste Zitting van den Kinderrechter, in: *TAMK* 1922, p. 348.

De Bie/Van de Werk 1958

Bie, H. de, en M.B. van de Werk, *Kinderrecht, eerste stuk* (civielrechtelijk deel), serie Publiek- en Privaatrecht nr. 1, Zwolle: NV Uitgeversmaatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1958, hoofdstuk III.

Bijleveld 1894

Bijleveld, Ch.M.A., *Het eerste hoofdstuk van het Belgische Wetsontwerp op de Kinderbescherming* (diss.), Leiden: IJdo 1894.

Blishen 1991

Blishen, Jennifer A., Representing the Agency, in: Bala, Nicholas, Joseph P. Hornick, Robin Vogl (red.), *Canadian Child Welfare Law- Children, Families and the State*, Toronto (CA): Thompson Education Publishing Inc. 1991, hfst. 9C, p. 214-223.

Bloemberg/Blankespoor 1998

Bloemberg, Wiltrud, Karin Blankespoor, OTS en ontheffing bij plaatsingen in pleeggezin en residentiële instelling, in: *FJR* nr. 4, april 1998, p. 89-94.

Boisclair 1990

Boisclair, Claude, La nature juridique de l'entente sur les mesures volontaires dans la Loi sur la protection de la jeunesse, in: *Droit et enfant (formation permanente Barreau du Québec)*, Cowansville (CA): Les éditions Yvon Blais Inc. 1990, p. 123-154.

Van Boneval Faure 1898

Boneval Faure, R. van, Bedenkingen tegen den omvang van de mogelijkheid van ontzetting uit het ouderlijk gezag, voorgesteld bij het daartoe betrekkelijk Wetsontwerp, in: *Rechtsgeleerd Magazijn*, jrg. 1898, p. 389-429.

Bosch 1917

Bosch, J.J.A., Instelling van Kinderrechtbanken, preadvies, in: *Handelingen der Nederlandsche Juristenvereniging*, jrg. 47, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1917.

Boulais 1999

Boulais, Jean-Francois, *Loi sur la Protection de la Jeunesse, texte annoté*, Québec (CA): Société québécoise d'information juridique (Ministère de la Justice du Québec) 1999.

Brands-Bottema 1988

Brands-Bottema, G.W., *Overheid en opvoeding- onderzoek naar de motive-ring door politieke partijen van formele wetgeving of pogingen daartoe, betreffende de overheidsbemoeiingen met de verzorging en opvoeding van kinderen door hun ouders, in de periode 1870-1987*, Arnhem: Gouda Quint BV 1988.

Von Brücken Fock 1990

Brücken Fock, E.P. von, Ondertoezichtstelling en EVRM –een tussenstand, in: *Justitiële Verkenningen*, jrg. 16, nr. 2, 1990, p. 67-100.

Von Brücken Fock 1996

Brücken Fock, E.P. von, Cassatieberoep van uithuisplaatsing illusoir?, in: *FJR* nr. 4, 1996, p. 89-91.

De Bruijn-Lückers 1987

Bruijn-Lückers, M.L.C.C. de, Het EVRM en het Nederlandse civielrechtelijke jeugdbeschermingsrecht, in: *FJR* nr. 5, 1987, p. 446-455.

De Bruijn-Lückers 1994

Bruijn-Lückers, M.L.C.C. de, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag, a whole code of juvenile law?* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1994.

De Bruijn-Lückers 1998

Bruijn-Lückers, M.L.C.C. de, Kinderbeschermingsmaatregelen en het proportionaliteitsbeginsel –is proportionaliteit wel altijd in het belang van het kind? (editorial), in: *FJR* nr. 9, september 1998, p. 197.

De Bruijn-Lückers 2000

Bruijn-Lückers, M.L.C.C. de, Pleegzorg met visie en het EVRM, in: *FJR* nr. 11, november 2000, p. 252-253.

Bruinsma 1994

Bruinsma, F., Dubieuze motivering van kortgeding-vonnissen, in: E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug, J.A. Pontier, *Met redenen omkleed – bijdragen aan het symposium juridische argumentatie Rotterdam 11 juni 1993*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994, p. 222-232.

Bruning 1997

Bruning, M.R., Knelpunten in de nieuwe OTS-wet: aanwijzingsbevoegdheid van de gezinsvoogd, grenzen en rechtsbescherming van betrokkenen, in: *FJR* nr. 4, april 1997 (OTS-special), p. 94-99.

Bruning 1998

Bruning, M.R., OTS en ontheffing bij jonge kinderen: de spanning tussen doelstelling en uitvoering, in: *Trema*, nr. 5, mei 1998, p. 109-114.

Bruning 2000

Bruning, M.R., OTS of ontheffing bij pleeggezinplaatsing –een vervolg. Is de Hoge Raad 'om'? in: *FJR*, nr. 7/8, juli/augustus 2000, p. 157-160.

Bruning 2000

Bruning, M.R., Pleegouders –verzorgers zonder recht? in: *Ars Aequi*, jrg. 49, nr. 12, december 2000, p. 846-849.

Bruning/Steketee 2001

Bruning, M.R., M.J. Steketee, Herziening OTS (nog) geen verbetering voor betrokkenen, in: *FJR*, nr. 5, mei 2001, p. 137-144.

*Burgerlijke Rechtsvordering* (losbl.), Deventer: Kluwer.

Van der Burgt 1922

Burgt, A.W. van der, *Kinderrechter en OTS van minderjarigen*. Lezing gehouden voor den Bond van Inspecteurs en de Amsterdamsche politie op 15 februari 1922, Alphen aan den Rijn: N. Samson 1922.

Canes 1905

Canes, S.G., *De Kinderwetten (rapport voor de Maatschappij tot Nut van 't Algemeen)*, Amsterdam: S.L. van Looy 1905.

Chin-A-Fat/Steketee 2001

Chin-A-Fat, B.E.S., M.J. Steketee, *Bemiddeling in uitvoering: evaluatie experimenten scheidings- en omgangsbemiddeling*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut 2001.

*Circulaire Armenraad* 1917

Circulaire Armenraad Amsterdam van 17 februari 1917, Samenwerking tusschen Armenzorg en Voogdijraden, in: *TAK* 1917, jrg. 18, p. 3-4.

*Circulaire minister van Justitie* 1922

Circulaire van 30 oktober 1922 van de minister van Justitie, circulaire 30 oktober derde afdeling B, nr. 701.

Coenen 1892

Coenen, F., *De Fransche wet tot bescherming van verwaarloosde en mishandelde kinderen* (diss.), Amsterdam: H.C. Delsman 1892.

Combrink-Kuiters 1998

Combrink-Kuiters, C.J.M., *Kennis van zaken. Een jurimetrisch onderzoek naar rechterlijke besluitvorming inzake voogdij en omgang* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1998.

Commissie herziening kinderbeschermingsrecht (commissie Wiarda) 1971

Commissie voor de herziening van het kinderbeschermingsrecht (commissie Wiarda), *Jeugdbeschermingsrecht*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1971.

Commissie Pedagogische Criteria Jeugdbescherming (commissie Weterings I) 1999

Commissie Pedagogische Criteria Jeugdbescherming, *Pedagogische Criteria Jeugdbescherming*, 's-Gravenhage: Ministerie van Justitie, Directie Preventie, Jeugd en Sanctiebeleid 1999.

Crombag/De Wijkerslooth/Cohen 1977

Crombag, H.F.M., J.L. De Wijkerslooth, M.J. Cohen, H.F.M. Crombag, *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1977.

Cruickshank 1991

Cruickshank, David A., The Child in Care, in: Bala, Nicholas, Joseph P. Hornick, Robin Vogl (red.), *Canadian Child Welfare Law- Children, Families and the State*, Toronto (CA): Thompson Education Publishing Inc. 1991, hfst. 5, p. 77-107.

Delfos/Doek 1982

Delfos, G., J.E. Doek, *Maatregelen van kinderbescherming*, Serie jeugdrecht en jeugdbeschermingsrecht nr. 5, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982.

Delfos/Doek 1983

Delfos, G., J.E. Doek, *Organen van kinderbescherming*, Serie jeugdrecht en jeugdbeschermingsrecht nr. 4, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983.

Doek 1972

Doek, J.E., *Vijftig jaar ondertoezichtstelling*, Zwolle: N.V. Uitgeversmaatschappij Tjeenk Willink 1972.

Doek 1988

Doek, J.E., Ondertoezichtstelling en het belang van het kind: een toverformule in het kwadraat? In: A.P. van der Linden en P. Vlaardingerbroek (red.), *Met het oog op het belang van het kind* (Rood-de Boer bundel), Deventer: Kluwer 1988, p. 97-107.

Doek 1996

Doek, J.E., Ondertoezichtstelling, plaatsing in een gesloten inrichting en het EVRM, in: *FJR* 1996, p. 50-55.

Doek 1997

Doek, J.E., De ontheffing van het ouderlijk gezag –enige beschouwingen over de noodzaak van bezinning op en vernieuwing van de ontneming van gezag, in: *FJR*, nr. 5, mei 1997, p. 106-114.

Doek 2000

Doek, J.E., Minderjarigen in het recht, in: *Ars Aequi* 49, nr. 1, 2000, p. 25-33.

Doek/Vlaardingerbroek 1998

Doek, J.E., P. Vlaardingerbroek, *Jeugdrecht en jeugdhulpverleningsrecht*, 's-Gravenhage: Elsevier bedrijfsinformatie bv, 1998.

Duquette 2000

Duquette, Donald N., Legal Representation for Children in Protection Proceedings: Two Distinct Lawyer Roles Are Required, in: *Family Law Quarterly*, vol. 34, nr. 3, 2000, p. 441-466.

Duquette/Hardin 1999

Duquette, Donald N., Mark Hardin, *Guidelines for Public Policy and State Legislation Governing Permanence for Children. Adoption 2002: The President's Initiative on Adoption and Foster Care*, Department of Health and Human Services (USA) juni 1999.

Durie/Armitage 1995

Durie, Helen, Andrew Armitage, *Legislative Change – the Development of B.C.'s Child, Family and Community Services Act and Child, Youth and Family Advocacy Act*, School of Social Work, University of Victoria (BC, CA) november 1995.

Durie/Armitage 1996

Durie, Helen, Andrew Armitage, *Planning for Implementation of B.C.'s Child, Family and Community Services Act*, School of Social Work, University of Victoria (BC, CA) november 1996.

Engelen 1895

Engelen, D.O., *De verwaarloosde jeugd en de jeugdige misdadigers met betrekking tot onze wetgeving*, Haarlem: De Erven Bohn 1895.

Enschedé 1959

Enschedé, Ch.J., *Motivering en motief* (oratie UvA), Zwolle: Tjeenk Willink 1959.

Fiege 1993

Fiege, M., *De autonomie van de minderjarige in het recht: een onderzoek naar materiële en processuele handelingsonbekwaamheid van minderjarigen* (diss.), Arnhem: Gouda Quint 1993.

Franken 1982

Franken, H., Van rechtspleging tot rechtsbescherming, in: *RM Themis* 1982, p. 450-460.

Freedman 1994

Freedman, Elaine, Parents' Rights and Best Interests of Children Under the Child and Family Services Act, in: *Canadian Family Law Quarterly*, vol. 11, 1994, p. 215-252.

Gauthier 1990

Gauthier, Jean, l'Enfant, nouvelle source de droit, in: *Les enfants devant la justice- juges, avocats et experts témoignent*, Cowansville (CA): Les éditions Yvon Blais Inc. 1990, p. 81-106.

Van Geer 1902

Geer, F.C. van, *Ouderlijke macht en voogdij, volgens de wet van 6 februari 1901, Stbl. no. 62, tot wijziging en aanvulling van het Burgerlijk Wetboek*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1902.

Genereux 1991

Genereux, Anne, The Protection Hearing, in: Bala, Nicholas, Joseph P. Hornick, Robin Vogl (red.), *Canadian Child Welfare Law- Children, Families and the State*, Toronto (CA): Thompson Education Publishing Inc. 1991, hfst. 4, p. 55-76.

Geuns 1897

Geuns, S.J.M. van, Beoordeling van de dissertatie van De Savornin Lohman, in: *Themis*, nr. 3, 1897.

Goldstein/Freud/Solnit 1979

Goldstein, Joseph, Anna Freud, Albert J. Solnit, *De Toverformule: in het belang van het kind*, Deventer: Kluwer 1979.

Gove-Report 1995

*Gove Report. Report of the Gove Inquiry into Child Protection in British Columbia*, British Columbia (CA): Ministry of Social Services 1995.

De Graaf 1917

Graaf, A. de, Instelling van Kinderrechtbanken, preadvies, in: *Handelingen der Nederlandsche Juristenvereniging* 1917, 47e jrg. 47, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1917.

Haans 2000

Haans, G., *Themaboek Kinderbescherming –tien kernthema's voor de praktijk*, Amsterdam: Uitgeverij SWP 2000, thema 7, p. 135-149.

Hall 1998

Hall, Margaret, A Ministry for Children: Abandoning the Interventionist Debate in British Columbia, in: *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 12, 1998, p. 121-145.

Hamel 1904

Hamel, J. van, Kindercriminaliteit, gezinsleven en wetgeving, in: *TAK*, jrg. 5, 26 november 1904, p. 289-291.

Van Hamel/Nijland 1924

Hamel, J.A. van, en M.C. Nijland, *Handleiding bij de praktijk der Kinderwetten*, supplement door J. Overwater, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1924.



*Handelingen NJV 1917*

Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1917, Eerste Zitting, vrijdag 29 juni 1917, Instelling van Kinderrechtbanken (n.a.v. preadviezen Bosch en De Graaf), jrg. 47, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1917.

Hatton 1991

Hatton, Mary Jane, Representing Parents. In: Bala, Nicholas, Joseph P. Hornick, Robin Vogl (red.), *Canadian Child Welfare Law- Children, Families and the State*, Toronto (CA): Thompson Education Publishing Inc. 1991, hfst. 9B, p. 206-214.

Henket 1993

Henket, M.M., Juridisering en rechterlijke argumentatie, in: A.R.J. de Groot en H.J.L.M. van de Luytgaarden (red.), *Zonder meer recht*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1993, p. 347-381.

Hermanns/Horn 1999

Hermanns, J., T. Horn, *Visiedocument Pleegzorg*, Utrecht: VOG 1999.

Hermanns 2000

Hermanns, J., *Leiding geven aan verandering. Een visie op de inhoud van het werk van gezinsvoogden*, Utrecht: Stichting Vedio 2000.

Herring 2000

Herring, David J., The Adoption and Safe Families Act –Hope and Its Subversion, in: *Family Law Quarterly*, vol. 34, nr. 3, 2000, p. 329-358.

Hesse 1908

Hesse, J.E., *Ontzetting en ontheffing uit de ouderlijke macht* (diss.), Arnhem: G.W. van der Wiel & Co 1908.

Himel 1991

Himel, Susan G., Representing Children. In: Bala, Nicholas, Joseph P. Hornick, Robin Vogl (red.), *Canadian Child Welfare Law- Children, Families and the State*, Toronto (CA): Thompson Education Publishing Inc. 1991, hfst. 9A, p. 196-206.

Hirsch/Ayal 1997

Hirsch, Jacqueline, Anita Ayal, Ondertoezichtstelling; (gedwongen) ontheffing of ontslag van het gezag? in: *Tijdschrift voor de Rechten van het Kind* (kinderrechtswinkelatern), september 1997, p. 15-18.

Hoefnagels 1974

Hoefnagels, G.P., Het begrip kinderbescherming in de verhouding tussen kinderrecht en kinderbeschermingsrecht, in: *Jeugdrecht op een keerpunt – opstellen aangeboden aan prof.mr. J. Wiarda*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1974, p. 149-177.

Hol 1994

Hol, A.M., Beredeneerd toeval. Over grenzen van juridische argumentatie, in: : E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug, J.A. Pontier, *Met redenen omkleed*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994, p. 177-186.

Houwing 1898

Houwing, J.F., Twee voorstellen tot regeling van de ontzetting uit het ouderlijk gezag en hare gevolgen, in: *Rechtsgeleerd Magazijn*, jrg. 1898, p. 64-124.

Hudig 1955

Hudig, J.C., De ontwikkeling van het kinderrecht, in: *Vijftig jaar Kinderwetten –geschriften van de Nationale Federatie de Nederlandse Bond tot*

- Kinderbescherming*, nr. 24, Alphen a/d Rijn: N. Samson NV 1955, hfst. 3, p. 21-28.
- Hurtubise 1990  
Hurtubise, Patrice, Y-a-t-il des conflits de juridiction entre la Chambre de la Jeunesse et la Cour Supérieure? Peut-on contrôler les décisions du DPJ? in: *Droit et enfant (formation permanente Barreau du Québec)*, Cowansville (CA): Les éditions Yvon Blais Inc. 1990, p. 176-182.
- Van IJzendoorn/Tavecchio/Goossens/Vergeer 1982  
IJzendoorn, M.H. van, L.W.C. Tavecchio, F.A. Goossens, M.M. Vergeer, *Opvoeden in geborgenheid – een kritische analyse van Bowlby's attachment-theorie*, Deventer: Van Loghum Slaterus B.V. 1982.
- Jasmin Report 1992  
*Jasmin Report: la protection de la jeunesse – plus qu'une loi. Rapport du groupe de travail sur l'évaluation de la loi sur la protection de la jeunesse*, Québec (CA): Gouvernement du Québec, Ministère de la Santé et de Services Sociaux et Ministère de la Justice 1992.
- De Jongh 1931  
Jongh, G.T.J. de, Ouderrecht, in: *TAMK*, jrg. 10, 1931, p. 2977-2980.
- Jonkers/Van Nijnatten  
Jonkers, J., C. van Nijnatten, Ondertoezichtstelling of ontheffing? in: *FJR* nr. 4, april 1997 (OTS-special), p. 74-78.
- Justitiële Jeugdbescherming: met recht in beweging* (Nota Kosto) 1990  
*Justitiële jeugdbescherming: met recht in beweging* (nota Kosto), *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21 980.
- Juursema 1908  
Juursema, J., Rede uitgesproken in de vergadering van “Kinderzorg” te Leeuwarden, 24 februari 1908, in: *TAK*, 11 april 1908.
- Kalkman-Bogerd 1998  
Kalkman-Bogerd, L.E., Ontheffing en draagmoederschap, in: *FJR*, nr. 9, september 1998, p. 198-202.
- Kaptein 1994  
Kaptein, H.J.R., Redelijkheid en billijkheid, redelijke argumenten of rechterlijke rookgordijnen? Of waarom “waarom? Daarom!” in rechtspraak niet genoeg is, in: E.T. Feteris, H. Kloosterhuis, H.J. Plug, J.A. Pontier, *Met redenen omkleed*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994, p. 187-195.
- Kloosterboer/Punselie 1998  
Kloosterboer, K. en L. Punselie, Kinderen als procespartij en het Kinderrechtenverdrag, in: *FJR* nr. 1, 1998, p. 6-10, 1995.
- Knuttel 1942  
Knuttel, W.P.C., De grenzen der gezinsvoogdij, in: *MvBR*, 1942, p. 189-212.
- Knuttel 1949  
Knuttel, W.P.C., Gebruik en misbruik van de OTS, in: *TvMW*, jrg. 1949, p. 163-164.
- Koens 1993  
Koens, M.J.C., Ouders, (pleeg)kinderen en pleegouders. Een rechtspositionele verkenning, in: Nederlandse Gezinsraad, *Pleegzorg, vervangend ouderschap?* Den Haag: NGR 1993, p. 104-136.

Koens 1994

Koens, M.J.C., *Jeugdigen in de knel –maatregelen van jeugdbescherming in de toekomst* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 1994.

Koens 1998

Koens, M.J.C., De civiele kinderrechter. Verleden, heden en toekomst, in: J. Bac en A. v.d. Linden (red.), *De kinderrechter 75 jaar: reden tot vreugde!?*, Deventer: Kluwer 1998.

Kokkini-Iatridou 1988

Kokkini-Iatridou, D., e.a., *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek*, Deventer: Kluwer 1988.

Komen

Komen, M., *Gevaarlijke kinderen – kinderen in gevaar. De justitiële kinderscherming en de veranderende sociale positie van jongeren, 1960-1995*. (diss. UvA), Utrecht: Uitgeverij SWP, 1999.

Korthals Altes 1993

Korthals Altes, E., Het motiveringsvereiste in Burgerlijke Zaken als toetsingsgrond in cassatie, in: *Gemotiveerd gehuldigd, opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 89-103.

Krooi 1985

Krooi, H., De voorlopige ondertoezichtstelling: over de wanorde van de orde-maatregel, in: *FJR*, nr. 7, 1985, p. 173-180.

Van der Laan 1990

Laan, P.H. van der, Afscheid van het welzijnsmodel –ontwikkelingen in jeugdbescherming en jeugdstrafrecht, in: *Justitiële Verkenningen*, jrg. 16, nr. 2, 1990, p. 8-42.

Laflamme/Marcotte 1997

Laflamme, Michel K., Richard Marcotte, Des vertus de la médiation, in: *Prisme*, vol. 7, nr. 1, 1997 (Enfants et parents devant la justice), p. 178-189.

De Langen 1973

Langen, M. de, *Recht voor jeugdigen* (diss. Utrecht), Alphen a/d Rijn: Samsom 1973.

De Langen 1976

Langen, M. de, Ouderlijke macht en rechten van jeugdigen, in: *Jeugd en samenleving*, jrg. 6, mei 1976, p. 413-423.

De Langen 1989

Langen, M. de, Het recht van kinderen op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven door de overheid, in: M. de Langen, J.H. de Graaf en F.B.M. Kunneman, *Kinderen en recht –opstellen over de positie van minderjarigen in het recht*, Arnhem: Gouda Quint BV, 1989, p. 287-299.

De Langen 1990

Langen, M. de, *De betekenis van art. 8 EVRM voor het familierecht*, preadvies Handelingen Nederlandse Juristenvereniging, Zwolle: Tjeenk Willink 1990.

Levy/Hugenholtz/Rethaan Macaré/Nolen 1898

Levy, J.A., P.H. Hugenholtz, A.J. Rethaan Macaré en Th. Nolen. *Het vraagstuk van de verzorging der verwaarloosde kinderen* (in opdracht van de Maatschappij tot nut van 't algemeen), Amsterdam: Van Looy & Geerlings 1898.

Levy 1894

Levy, J.A., *Kinderbescherming: toespraak bij de opening der jaarlijksche algemeene vergadering van de Maatschappij tot nut van het algemeen*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1894.

Levy 1895

Levy, J.A., *Kinderbescherming en ouderlijke macht*, Verslag aan de Bond Vereeniging tegen Drankmisbruik 1895.

Lodder/Mud 1990

Lodder, P.G., R. Mud, Onmacht of ongeschiktheid –hoe zowel justitiabelen als justitie worstelen met het instituut gedwongen ontheffing, in: *FJR* , nr. 7, 1990, p. 147-151.

Loenen 1996

Loenen, T., Recht en het onvervulbare verlangen naar individuele gerechtig-  
heid- over verfijning van regelgeving, vage of open normen, en concrete toet-  
sing aan grondrechten, in: *RM Themis*, 1996, p. 123-136.

Lowe/Douglas 1998

Lowe, Nigel, Gillian Douglas, *Bromley's Family Law*, London (UK): Butterworths 1998.

Lycklama 1954

Lycklama, A.H., Verblijf van minderjarigen buitenshuis tegen de wil van ouders of voogd, in: *NJB* 1954, p. 868-872.

Macintyre 1993

Macintyre, Ewan, The Historical Context of Child Welfare in Canada. In: Wharf, Brian (red.), *Rethinking Child Welfare in Canada*, Toronto (CA): McClelland & Stewart Inc. 1993, hfst. 1, p. 13-36.

Manseau 1990

Manseau, Hélène, *l'Abus sexuel et l'institutionnalisation de la protection de la jeunesse*, Québec (CA): Presses de l'Université du Québec, 1990.

Marsch/Crow 1998

Marsch, Peter, Gill Crow, *Family Group Conferences in Child Welfare*, Oxford (UK): Blackwell Science Ltd. 1998.

Martin 1990

Martin, Suzanne, Le droit à la protection dans la plus stricte légalité, in: *Les enfants devant la justice –juges, avocat et experts témoignent*, Cowansville (CA): Les éditions Yvon Blais Inc. 1990, p. 45-79.

Masson 2000

Masson, Judith, Representation of Children in England: Protecting Children in Child Protection Proceedings, in: *Family Law Quarterly*, vol. 34, nr. 3, 2000, p. 467-495.

McCall 1990

McCall, M.L., An Analysis of Responsibilities in Child Welfare Systems, in: *Canadian Journal of Family Law*, vol. 8, 1990, p. 345-369.

McHale 1996

McHale, Jerry, *Alternative Dispute Resolution in Action in Canada – Mediation and the Protection of Children: A Case Study of a Child Apprehension Project*. Address to the Canadian Bar Association, 11 maart 1996, Vancouver, BC (CA) (unpublished), 1996.

McNeilly 1997

McNeilly, Gerry K., Mediation and Child Protection, in: *Family and Conciliation Courts Review*, vol. 35, nr. 2, april 1997, p. 206-222.

Melli 1997

Melli, Marygold S., The United States: Improving Legal Representation for Children, in: The International Society of Family Law, *The International Survey of Family Law 1995*, Den Haag: Kluwer Law International, 1997, p. 503-519.

Mertens 1993

Mertens, N.M., *De ondertoezichtstelling en andere maatregelen van kinderscherming – een dossieronderzoek*, Den Haag: Ministerie van Justitie, WODC 1993.

Mertens 1996

Mertens, N.M., *Gezinsvoogden aan het werk – de uitvoering van de ondertoezichtstelling in 1993*, Den Haag: Ministerie van Justitie, WODC 1996.

Metzger 1997

Metzger, Robert W., Mediation in Child Protection in British Columbia, in: *Family and Conciliation Courts Review*, vol. 35, nr. 4, oktober 1997, p. 418-423.

Van Montfoort 1994

Montfoort, Adri van, *Het topje van de ijsberg - kinderscherming en de bestrijding van kindermishandeling in sociaal-juridisch perspectief* (diss. VU), Utrecht: Uitgeverij SWP 1994.

Van Montfoort 1995

Montfoort, A. J. van, Criteria onder druk der omstandigheden; besluitvorming over gedwongen hulpverlening aan gezinnen, in: D.J. de Ruyter en P.A. de Ruyter (red.), *Opvoedingshulp geboden – pedagogische criteria voor het opleggen van hulp, theoretisch en praktisch bezien*, Utrecht: Uitgeverij SWP 1995, hfst. 5.

Nederlandse Gezinsraad 1991

Nederlandse Gezinsraad, *Kinderbescherming en jeugdhulpverlening*, Den Haag: NGR 1991.

Nederlandse Gezinsraad 1993

Nederlandse Gezinsraad, *Pleegzorg, vervangend ouderschap?* Den Haag: NGR 1993.

Nederlandse Gezinsraad 1995

Nederlandse Gezinsraad, *Commentaar op het wetsvoorstel tot herziening van de voorlopige kinderschermingsmaatregelen*, Den Haag: NGR 1995.

Nederlandse Gezinsraad 2001

Nederlandse Gezinsraad, *Thuisplaatsing van pleegkinderen – een onderzoek naar de thuisplaatsing van pleegkinderen na langdurige uithuisplaatsingen in het kader van ondertoezichtstelling*, Den Haag: NGR januari 2001.

Neerhof 1996

Neerhof, A.R., De bestuursrechter en zijn beleid- rechtsvorming in de vorm van scherpe jurisprudentieregels? in: *Trema*, 1996, p. 388-397.

Nicolai 1998

Nicolai, E.J., De juridische positie van de niet-verzorgende ouder na echtscheiding, in: *NJB* 10 april 1998, afl. 5, p. 695-699.

Nieuwenhuis 1976

Nieuwenhuis, H., Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel, in: *RM Themis* 1976, p. 494-515.

Nijland 1895

Nijland, M.C., *Rijkswelddadigheidsscholen in België* (diss.), Utrecht 1895.

Van Nijnatten 1986

Nijnatten, Carol van, *Moeder Justitia en haar kinderen –de ontwikkeling van het psycho-juridisch complex in de kinderbescherming* (diss. Utrecht), Lisse: Swets & Zeitlinger 1986.

Van Nijnatten 1995

Nijnatten, C. van, Gedragsgestoord en gezagsgestoord –de verhouding tussen kinderbescherming en gezin, in: *Justitiële Verkenningen*, jrg. 22, nr. 6, 1996, p. 74-84.

*Normen 2000*

*Normen 2000* –Beleidsregels met betrekking tot de werkwijze van de Raad voor de Kinderbescherming, Den Haag: Ministerie van Justitie, Directie Preventie, Jeugd en Sanctiebeleid, januari 2001.

Nota 1968

Nota, J., *In het belang van het kind –beschouwingen over kinderbescherming, adoptie en kinderrecht* (diss.), Haarlem: Uitgeverij de Toorts 1968.

Nota 1972

Nota, J.A., De nieuwe maatregelen van jeugdbescherming in het rapport Wiarda, in: *NJB*, afl. 2, 8 januari 1972, p. 33-43.

*Onderweg naar een nieuwe jeugdbescherming* 1992

*Onderweg naar een nieuwe jeugdbescherming –contourennota vernieuwing jeugdbescherming*, Stuurgroep Heroriëntatie Jeugdbescherming en Reclasse-ring, Den Haag: Ministerie van Justitie 1992.

Van Ooyen-Houben/Schiewold/Schneider/Smeets 1990

Ooyen-Houben, M. van, A. Schiewold, S. Schneider, R. Smeets, *Jonge uithuisgeplaatste kinderen nader bekeken. Een follow-up onderzoek naar hun ontwikkeling* (jeugdbescherming en jeugddelinquentie nr. 14, WODC), Arnhem: Gouda Quint 1990.

Overwater 1923

Overwater, J., Voorlopige toevertrouwing (toepassing van art. 374f BW), in: *TAMK*, jrg. 2, 1923, p. 74-76.

Overwater 1925

Overwater, J. Zwakke plaatsen in ons stelsel van kinderbescherming, in: *TAMK*, jrg. 4, 1925, p. 655-657, 674-678, 688-689.

Overwater 1927

Overwater, J., Rondom den Kinderrechter, in: *TAMK*, jrg. 6, 1927, p. 1393-1395.

Overwater 1929

Overwater, J., Wij moeten voort.... In: *TAMK*, jrg. 8, 1929, p. 2169-2171.

Overwater 1931

Overwater, J., Het begrip ‘ouderlijke macht’ in ons kinderrecht, in: *TAMK*, jrg. 10, 1931, p. 2900-2902.

Overwater 1937

Overwater, J., Het wetsontwerp tot wijziging van het kinderrecht, in: *NJB* 22 mei 1937, nr. 21, p. 505-512, en 29 mei 1937, nr. 22, p. 521-529.

Overwater 1953

Overwater, J., Rechtspraak, in: *TvMW*, jrg. 1953, p. 150-152.

Overwater 1954

Overwater, J., Een wetsontwerp tot nadere regeling van plaatsing buiten het gezin van onder toezicht gestelde minderjarigen, in: *TvMW*, jrg. 1954, p. 338-340.

Overwater 1955a

Overwater, J. Een halve eeuw Kinderwetten, in: *Vijftig jaar Kinderwetten – geschriften van de Nationale Federatie de Nederlandse Bond tot Kinderbescherming*, nr. 24, Alphen a/d Rijn: N. Samson NV, 1955, hfst. 1, p. 7-10.

Overwater 1955b

Overwater, J., Rede van de voorzitter van de nationale federatie ‘de Nederlandse Bond tot Kinderbescherming’, in: *Toespraken gehouden ter herdenking van de gouden Kinderwetten op 1 december 1955 in de Ridderzaal te ‘s-Gravenhage* 1955.

Overwater 1955c

Overwater, J., Rapport inzake het wetsontwerp 3583, in: *Mozaïek*, jrg. 1955, p. 13-17.

Overwater 1955d

Overwater, J., De nieuwe wettelijke bepalingen van het kinderrecht, in: *TvMW*, jrg. 1955, p. 245-247.

Petit 1941

Petit, Ch., Het einde der ondertoezichtstelling, in: *NJB* 1941, p. 740-743.

Pinckaers 1997

Pinckaers, J.E.H.M., *Artikel 101a RO* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1997.

Polak 2000

Polak, J.E.M., *Effectieve bestuursrechtspraak – enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten* (oratie Leiden), 2000.

Provost 1991

Provost, Mario, Le mauvais traitement de l'enfant: perspectives historiques et comparatives de la législation sur la protection de la jeunesse, in: *Revue de Droit Université de Sherbrooke (R.D.U.S.)*, vol. 22, nr. 1, 1991, p. 5-76.

Punselie 2000a

Punselie, Lies, *Pleegzorg met visie – juridische haken en ogen*, Utrecht: VOG 2000.

Punselie 2000b

Punselie, Lies, Pleegzorg met visie – juridische haken en ogen, in: *FJR* nr. 11, november 2000, p. 245-251.

Quebec Bar 1996

Quebec Bar, The Legal Representation of Children, a Consultation Paper (translation by Robin Ward), in: *Canadian Journal of Family Law*, vol. 13, nr. 1, 1996, p. 49-141.

Quik-Schuijt 1999

Quik-Schuijt, A.C., Het Arnhemse Hof en de rechtspositie van pleegouders, in: *FJR* nr. 4, april 1999, p. 75-77.

- Raad voor het Jeugdbeleid/Nederlandse Gezinsraad 1995  
Raad voor het Jeugdbeleid en de Nederlandse Gezinsraad, *Kind in proces: pleidooi voor eigen rechtsingang*, (Raad voor het Jeugdbeleid advies nr. 79 en Nederlandse Gezinsraad advies nr. 60) Zwolle: SWP 1995.
- Van Rappard 1924  
Rappard, T. van, Ingezonden bijdrage n.a.v. art. 373 BW en arrest HR 24 januari 1924, in: *WvR* 27 februari 1924, nr. 11150.
- Van Rappard 1927  
Rappard, T. van, Toepassing van artikel 373 BW -plaatsruimte in gestichten, in: *NJB* 1927, p. 297-305.
- Rapport commissie Kinderrechtspraak* 1968  
Rapport van de commissie Kinderrechtspraak (commissie Enschedé), Amsterdam/ Den Haag juli 1968.
- Rapport Welter* 1932  
Rapport-Welter en het rechtswezen, in: *NJB* 1932, p. 491 e.v.
- Rapport commissie Taak en Functie Raden voor de Kinderbescherming* 1990  
Rapport van de Commissie Taak en Functie Raden voor de Kinderbescherming, 's-Gravenhage 1990.
- Ras 1992  
Ras, H.E., De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken, in: H.J. Snijders en P.A. Wackie Eysten (red.), *Rechtspleging in balans*, deel 1, Arnhem: Gouda Quint BV 1992.
- Rechtzetten* 1990  
Rechtzetten. Rapport van de subcommissie Kinderbescherming (commissie Vliegenthart), *Kamerstukken II*, 1990-1991, 21 818.
- Rethaan-Macaré 1895  
Rethaan Macaré, A.J., *Is wijziging en aanvulling van onze wetgeving noodig met betrekking tot het overtreden van de strafwet door jeugdige personen; en in welken zin?* Preadvies, Handelingen der Nederlandsche Juristenvereniging, jrg. 26, 1895, p. 178-281.
- Rethaan-Macaré 1924  
Rethaan Macaré, Eene belangrijke en belangwekkende rede van den Haagschen kinderrechtter, in: *TAMK* jrg. 3, 1924, p. 150-152, 170-172.
- Rood-de Boer 1962  
Rood-de Boer, M., *Ouders en kinderen –aspecten van familierecht* (diss.), Amsterdam: H.J.W. Becht's Uitgeversmaatschappij N.V. 1962.
- Rood-de Boer 1972  
Rood-de Boer, M., *Rechtsvorming en rechtsvinding in het jeugdrecht* (oratie), Deventer: Kluwer 1972.
- Rood-de Boer 1980  
Rood-de Boer, M., Een huis voor morgen –jeugdrecht en jeugdbeschermingsrecht in de toekomst, in: *FJR* nr. 5/6, 1980 (preadviezen), p. 130-159.
- Rood-de Boer 1984  
Rood-de Boer, M., *Evolutie van een rechtsbegrip: “het belang van het kind”* (oratie Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1984.
- Ruffo 1988  
Ruffo, Andrée, Le rôle du juge du Tribunal de la Jeunesse sous la Loi sur la protection de la jeunesse et la Loi sur les jeunes contrevenants, in: *Revue générale de droit*, vol. 19, 1988, p. 413-433.



Ruffo 1990

Ruffo, Andrée, Le rôle du juge en matière de protection, in: *Les enfants devant la justice –juges, avocats et experts témoignent*, Cowansville (CA): Les   ditions Yvon Blais Inc. 1990.

De Ruiter 1972

Ruiter, J. de, Recht en Hulp. Preadvies uitgebracht aan het congres Hulp en Recht op 31 oktober 1972 ter gelegenheid van de vijftigjarige herdenking van ‘ondertoezichtstelling’ en ‘kinderrechter’, in: *Hulp en Recht –hulpverlening en jeugdrechter in de toekomst*, Deventer: Kluwer 1972, p. 9-44.

Rutten 1974

Rutten, L.E.H., De cassatiegronden van art. 99 RO en de motiveringsplicht, in: *Rechtspleging. Opstellen rond het thema rechterlijke organisatie, bijeengebracht ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de KUN*, Deventer: Kluwer 1974, p. 237-246.

Rutten-Roos 1975

Rutten-Roos, A., *Jeugdigen in burgerrechtelijke relaties* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1975.

De Ruyter 1993

Ruyter, D. de, *Met recht ingrijpend- een pedagogisch criterium voor het opleggen van hulp* (diss. VU Amsterdam), Amsterdam: Buijten & Schipperheijn 1993.

De Ruyter 1995a

Ruyter, D.J. de, Het recht om persoon te worden: een criterium voor het opleggen van pedagogische hulp, in: D.J. de Ruyter en P.A. de Ruyter (red.), *Opvoedingshulp geboden –pedagogische criteria voor het opleggen van hulp, theoretisch en praktisch bezien*, Utrecht: SWP Uitgeverij 1995, hfst. 2.

De Ruyter 1995b

Ruyter, D.J. de, Een nieuw pedagogisch criterium? Reacties op de commentaren van de auteurs, in: D.J. de Ruyter en P.A. de Ruyter (red.), *Opvoedingshulp geboden –pedagogische criteria voor het opleggen van hulp, theoretisch en praktisch bezien*, Utrecht: SWP Uitgeverij 1995, hfst. 10.

De Savornin Lohman 1896

Savornin Lohman, A.F. de, *De gronden voor en het karakter van de dwang-opvoeding van jeugdige personen* (diss.), Amsterdam: Ipenbuur & Van Seldam 1896.

De Savornin Lohman 1997

Savornin Lohman, J. de, De nieuwe OTS-wetgeving, in: *FJR* nr. 4, april 1997 (OTS-special), p. 86-93.

De Savornin Lohman/Bruning/Goderie/Nieborg/Steketee 2000

Savornin Lohman, J. de, M.R. Bruning, M.J.H. Goderie, S.M.A. Nieborg, M.J. Steketee, *Met recht onder toezicht gesteld –evaluatie herziene OTS-wetgeving*, Utrecht: Verwey-Jonker Instituut 2000.

Scheltema 1895

Scheltema, G.D.S., *Themis* 1895, p. 306-351.

Scheij 1999

Scheij, E.A.M., De overheid en (de beperking van) het ouderlijk gezag, in: *FJR* nr. 2, 1999, p. 33-37.

Schmidt/McHale 1996

Schmidt, Dennis, Jerry McHale, The Child, Family and Community Services Act Rule 2: Mandatory Case Conferences, in: *The Advocate*, vol. 54, deel 5, september 1996, p. 733-737.

Schönfeld 1911

Schönfeld, J.F.P. *De Children Act 1908* (diss), Groningen: Noordhoff 1911.

Schuengel 2000

Schuengel, Carlo, *Een veilige basis voor de orthopedagogiek* (oratie VU), Amsterdam 2000.

Schuytvlot

Schuytvlot, Annemieke, *Een dynamische driehoek –gezinsvoogd, ouder en kind een jaar gevolgd* (diss. UvA), Delft: Eburon 1999.

Sectie Kinderrechtspraak 1972

Sectie Kinderrechtspraak van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVVR), Commentaar op het rapport van de commissie Wiarda, in: *NJB*, 1972, p. 591-601.

Simons 1913

Simons, D., Kinderrechtbanken, in: Mededelingen *NBtK* nr. 14, 5 april 1913.

Singer 1996

Singer, E., De bestaans(on)zekerheid van pleegkinderen, in: *Tijdschrift voor orthopedagogiek*, 1996, p. 342-351.

Slot 1999

Slot, N.W., *Gezagdragend en gezaghebbend* (oratie VU), Amsterdam 1999.

Smith 1993

Smith, Lucy, Children, Parents and the European Human Rights Convention, in: Eekelaar, John, Petar Sarcevic (red.), *Parenthood in modern society – legal and social issues for the twenty-first century*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, hfst. 30, p. 447-461.

Snoeck Henkemans 1906

Snoeck Henkemans, J.R., *De Kinderwetten en de daarmee verband houdende maatregelen*, Amsterdam: Egeling's Boekhandel NV 1906.

Snijders 1997

Snijders, H.J., Rechtsvinding door de burgerlijke rechter in (dood)gewone zaken, in: *Trema*, 1997, p. 43-50.

Snijders/Wendels 1999

Snijders, H.J., A. Wendels, *Civiel appel. Serie civiele procespraktijk*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Star Busmann 1972

Star Busmann, C.W., *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, bewerkt door L.E.H. Rutten, Haarlem: De Erven F. Bohn 1972.

Stegerhoek 1995

Stegerhoek, N.A., *Publieke aspecten van het civiele jeugdrecht nader beschouwd* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1995.

Stewart 1997

Stewart, Robin J., Perspectives of Counsel for Director and for Parents, in: *Child, Family and Community Services Act: continuing legal education seminar*, Vancouver (CA), 24 januari 1997, hfst. 3.

Sutorius/Kersten 1997

Sutorius, E.Ph. R., en H.L.J. M. Kersten, Het gezag van draagmoeders, in: *NJB* 20 juni 1997, afl. 25, p. 116-1120.

- Thomassen 1993  
 Thomassen, W.M.E., Overheid en gezinsleven –de grenzen van interventie in familierelaties, in: *NJB* afl. 33, 1993, p. 1165-1169.
- Thompson 2000  
 Thompson, D.A. Rollie, Rules and Rulelessness in Family Law: Recent Developments, Judicial and Legislative, in: *Canadian Family Law Quarterly*, vol. 18, nr. 1, juni 2000, p. 25-97.
- Thompson 1989  
 Thompson, D.A. Rollie, Why Hasn't the Charter Mattered in Child Protection? in: *Canadian Journal of Family Law*, vol. 8, 1989, p. 133-150.
- Tjaden 1994  
 Tjaden, Patricia G., Research Reports: Dispute Processing in Child Maltreatment Cases, in: *Negotiation Journal*, oktober 1994 (10), p. 373-390.
- Van Toorenburg 1918  
 Toorenburg, P.A. van, *Kinderrecht en kinderopvang in de laatste honderd jaren* (diss. Leiden), Leiden: W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij 1918.
- Trépanier/Tulkens 1993  
 Trépanier, Jean, Francoise Tulkens, Juvenile Justice in Belgium and Canada at the Beginning of the Century: Two Models or One? in: *The International Journal of Children's Rights*, vol. 1, nr. 2, 1993, p. 189-213.
- Van Unen 1996a  
 Unen, Alice A.W. van, *De Wet op de jeugdhulpverlening: overheid of particulier initiatief?* (diss. VU), Utrecht: Lemma Uitgeverij 1996.
- Van Unen 1996b  
 Unen, A.A.W. van, Uithuisplaatsing van minderjarigen, in: *FJR* nr. 1, 1996, p. 2-10.
- Van Unen 1997  
 Unen, Alice van, Ondertoezichtstelling in Nederland, Engeland en Duitsland, vergelijkend OTS-onderzoek, in: *Nederlands Tijdschrift voor Jeugdzorg* nr. 5, 1997, p. 34-39.
- Veegens/Korthals Altes/Groen 1989  
 Veegens, D.J., *Cassatie in burgerlijke zaken*, bewerkt door E. Korthals Altes en H.A. Groen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1989.
- Verheij 1999  
 Verheij, M.J., Rechtsbijstand voor de gezinsvoogdij-instelling, in: *FJR* nr. 2, 1999, p. 26-32.
- Verschuer 1912  
 Verschuer, J.A. van, *Kinderrechtbanken* (diss. Utrecht), 1912.
- Versteeg/Weterings 2000  
 Versteeg, A.P. en A.M. Weterings, De onbeschermdheid van het pleegkind, een juridisch en maatschappelijk probleem, in: *FJR*, nr. 7/8, juli/augustus 2000, p. 161-167.
- Veth 1929  
 Veth, Henriëtte G., Ligt het op den weg van den Voogdijraad te trachten ontzette ouders te reclasseeren? in: *TAMK* 1929, jrg. 8, p. 2244-2246.
- Vijftig jaar Kinderwetten* 1955  
*Vijftig jaar Kinderwetten* (Geschriften van de Nationale Federatie de Nederlandse Bond tot Kinderbescherming nr. 24), Alphen a/d Rijn: Samson 1955.

Vlaardingerbroek 1987

Vlaardingerbroek, P., Moet de ondertoezichtstelling met pensioen? in: *NJB* afl. 41, 1987, p. 1318-1321.

Vlaardingerbroek 1993

Vlaardingerbroek, P., De ondertoezichtstelling in een nieuw jasje, in: *Trema* 1993, afl. 6, p. 240-248.

Vogl 1991

Vogl, Robin, Initial Involvement. In: Bala, Nicholas, Joseph P. Hornick, Robin Vogl (red.), *Canadian Child Welfare Law- Children, Families and the State*, Toronto (CA): Thompson Education Publishing Inc. 1991, hfst. 3, p. 33-54.

Vos/Mees/De Groot/De Groot 2000

Vos, A.T., R.A.J. Mees, C. De Groot en H.W.J. De Groot, De wettelijke regeling van de ondertoezichtstelling –voorstellen voor renovatie, in: *FJR* nr. 5, mei 2000, p. 102-111.

De Vries/Van Tricht 1903

Vries, A.D.W. de, F.J.G. van Tricht, *Geschiedenis der wet op de ouderlijke macht en de voogdij, deel 1*, Groningen: J.B. Wolters 1903.

De Vries/Van Tricht 1910

Vries, A.D.W. de, F.J.G. van Tricht, *Geschiedenis der wet op de ouderlijke macht en de voogdij, deel 3*, Groningen: J.B. Wolters 1910.

Van Vuuren 1916

Vuuren, A.C.A. van, *Samenwerking tusschen Armenzorg en Voogdijraden, preadvies. Geschriften van de Nederlandsche Vereeniging voor Armenzorg en Weldadigheid te Amsterdam*, nr. XIX, Prae-adviezen voor de algemeene vergadering van 29 en 30 juni 1916 te Zwolle, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1916, p. 5-62.

De Waard 1987

Waard, B.W.N. de, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging –met name in het administratief recht* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink i.s.m. het Nederlands Instituut voor Sociaal en Economisch Recht NISER 1987.

De Waard 1996

Waard, B.W.N. de, Asser-Vranken door bestuursrechtelijke bril gezien, in: E.S.G.N.A.I. van de Griend en B.W.N. de Waard (red.), *Rechtsvinding – gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel van de Asser-serie (Asser-Vranken)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 83-95.

Walter/Isenegger/Bala 1995

Walter, Bernd, Janine Alison Isenegger, Nicholas Bala, “Best Interests” in Child Protection Proceedings: Implications and Alternatives, in: *Canadian Journal of Family Law*, vol. 12, 1995, p. 367-439.

Van Wamelen 1998

Wamelen, C. van, De ontzetting uit het ouderlijk gezag –afschaffen of reanimeren? in: *FJR*, nr. 5, mei 1998 (editorial), p. 101.

Van Wamelen 1999

Wamelen, C. van, De emancipatie van pleegouders, in: *FJR* nr. 1, 1999, p. 2-6.

Wegerif 1960

Wegerif, H.J., Enkele aspecten van gezinsvoogdij, in: *De Koepel* 1960, p. 462-470.

Van de Werk 1951

Werk, M.B. van de, De plaatsing op aanwijzing van de gezinsvoogd, in: *NJB* 24 februari 1951, nr. 8, p. 161-168.

Werkverband Integratie Jeugdwelzijnswerk Nederland 1981

Werkverband Integratie Jeugdwelzijnswerk Nederland (WIJN), *Notitie over toekomstig jeugd(beschermings-)recht*, 1981.

Wesseling-van Gent 1985

Wesseling-van Gent, E.M., Minimumvereisten voor een civiele procedure, in: *WPNR* 1985, nr. 5742, p. 393-399.

Weterings 1993

Weterings, A.M., Verzelfstandiging van de mogelijkheden van gezagsoverdracht, in: Nederlandse Gezinsraad, *Pleegzorg, vervangend ouderschap?* Den Haag: NGR 1993, p. 82-103.

Weterings 1997

Weterings, A.M., De OTS als koning der kinderbeschermingsmaatregelen met zijn grens in de ontheffing, in: *FJR* nr. 4, april 1997 (OTS-special), p. 79-86.

Weterings e.a. 1998

Weterings, A.M., e.a., *Pleegzorg in balans –bestaanszekerheid voor kinderen*, Leuven/ Apeldoorn: Garant 1998.

White/Carr/Lowe 1995

White, Richard, Paul Carr, Nigel Lowe, *The Children Act in Practice*, London (UK): Buttersworth 1995.

Wiarda 1973

Wiarda, G.J., De rechter tegenover vage rechtsnormen, in: *Rechtskundig Weekblad* 1973, p. 178-190.

Wiarda 1999

Wiarda, G.J., *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Van Wijk 1902

Wijk, L.J. van, De Kinderwetten in de Vereeniging van Armbesturen te Amsterdam, in: *Tijdschrift voor Armenzorg*, jrg. 3, 1902, p. 211-213.

Van Wijk 1992

Wijk, Hanneke van, Ouderlijke verantwoordelijkheid en het recht van het jonge kind op eerbiediging van 'family life', in: *De kant van het kind. Liber Amicorum prof.mr. Miek de Langen*, Arnhem: Gouda Quint bv 1992, p. 147-158.

Van Wijk 1999

Wijk, H. van, *Hoezo noodzakelijk? Rechtsgronden voor kinderbeschermingsmaatregelen*, (diss.), Amsterdam: Thela Thesis 1999.

De Wildt 1993

Wildt, J.H. de, *Recht en vage normen- een jurimetrisch onderzoek naar de uitleg van het begrip 'passende arbeid' uit de Werkloosheidswet* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint bv 1993.

Willems 1998

Willems, J.C.M., *Wie zal de opvoeders opvoeden? Kindermishandeling en het Recht van het Kind op Persoonswording* (diss. Maastricht), Den Haag: T.M.C. Asser Press 1998.

Wilson/Tomlinson

Wilson, Jeffery, Mary Tomlinson, *Wilson: Children and the Law*, second edition, Toronto (CA): Buttersworth 1986.

Wortmann 1990

Wortmann, S.F.M., De zaken Eriksson en Olsson, beslissingen van het Europese Hof te Straatsburg inzake kinderschermingsmaatregelen, in: *FJR* nr. 4, 1990, p. 74-77.

Van Woudenberg-Hamstra 1920

Woudenberg-Hamstra, J. van, De kinderrecht en de ontzetting uit de ouderlijke macht en de voogdij, in: *WvR* nr. 10644, jrg. 82, vrijdag 3 december 1920.

Van Woudenberg-Hamstra 1929

Woudenberg-Hamstra, J. van, Ouderlijke macht en godsdienst, in: *TAMK*, jrg. 8, 1929, p. 2121-2123.

Van Yperen/Popeyus 2000

Yperen, Tom van, Ellen Popeyus, *Vernieuwing binnen de jeugdzorg*, Ministerie van Justitie 2000.

Zylberberg 1992

Zylberberg, Philip, Minimum Constitutional Guarantees in Child Protection Cases, in: *Canadian Journal of Family Law*, vol. 10, 1992, p. 261-281.

Zweigert/Kötz 1998

Zweigert, K. en H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Oxford (UK): Clarendon Press 1998.

# Jurisprudentieregister

## Europees Hof voor de Rechten van de Mens

30 november 1987 (H. v. Belgium), Series A, vol. 127-B	188
24 maart 1988 (Olsson I), Series A, vol. 130	144, 145, 227, 310, 311
25 februari 1992 (Andersson), Series A, vol. 226-A	144
19 april 1994, NJCM-bull. 1993/94, p. 389 e.v.	188
7 augustus 1996 (Johansen v. Norway), NJ 1998, 324	310, 311, 312
19 december 1997 (Helle-Finland), Reports 1997, p. 2930	188-200, 190-191, 191
9 juni 1998 (Bronda v. Italy), nr. 40/1997/824/1030	311
21 januari 1999 (García Ruiz-Spain), NJB afl. 6, 12 febr. 1999, p. 256	188, 191, 199
27 april 2000 (L. v. Finland), nr. 25651/94	310, 311

## Hoge Raad

29 september 1909, TKw deel 4, p. 15 e.v.	33, 42
18 november 1909, TKw deel 3, p. 160	37
13 februari 1914, TKw deel 7, p. 1	31
28 juli 1919, NJ 1919, 788	37
24 januari 1924, NJ 1924, p. 376	73
5 november 1926, NJ 1926, p. 1326, WvhR nr. 11590, TAMK jrg. 6, 1927, p. 1226	65
30 april 1928, NJ 1928, p. 1220	73
17 maart 1953, NJ 1953, 370	90
9 april 1953, NJ 1953, 641	92
6 november 1959, NJ 1960, 104	187
29 november 1963, NJ 1964, 45	134
4 december 1964, NJ 1965, 157	204
15 maart 1968, NJ 1968, 228	187
12 december 1972, NJ 1973, 80	189
17 juni 1977, NJ 1977, 564	197, 200
5 december 1978, DD 79.079	189
29 juni 1984, NJ 1984, 767	29, 174
28 november 1986, NJ 1987, 212	198
13 november 1987, NJ 1988, 466	160, 165
13 mei 1988, NJ 1989, 396	160, 166
10 maart 1989, NJ 1990, 24	110
17 november 1989, NJ 1991, 336	204
19 januari 1990, NJ 1990, 442	325
23 maart 1990, NJ 1991, 150	110, 215
15 juni 1990, NJ 1990, 631	166
15 juni 1990, NJ 1990, 632	166
8 mei 1992, NJ 1992, 498	166
4 juni 1993, NJ 1993, 659	186
31 december 1993, RvdW 1994, 23	187
13 oktober 1995, rek.nr. 8638	215
26 januari 1996, NJ 1996, 377	215
25 april 1997, NJ 1997, 596	197, 199
2 oktober 1998, NJ 1999, 571	203
7 april 2000, NJ 2000, 563	167, 311
14 april 2000, RvdW 2000, 102c; FJR 2000, nr. 7/8, p. 181-182	150

3 november 2000, RvdW 2000, 216	327
15 december 2000, RvdW 2001, 3c	151
13 april 2001, AB1009, R00/092HR	159, 200-201, 215
13 april 2001, AB1073, R00/123HR	159, 200-201, 215

## Gerechtshoven

Amsterdam 19 juni 1906, TKw deel 1, p. 89 e.v.	41
's-Hertogenbosch 11 september 1906, TKw deel 1, p. 145	31, 41
's-Gravenhage 31 december 1906, TKw deel 2, p. 15 e.v.	31
Amsterdam 5 november 1907, TKw deel 2, p. 97 e.v.	31
's-Gravenhage 18 december 1907, TKw deel 2, p. 129	36
Amsterdam 29 januari 1908, TKw deel 2, p. 129	36
Amsterdam 18 februari 1908, TKw deel 2, p. 177	36
Dordrecht 29 april 1908, TKw deel 3, p. 7 e.v.	48
Arnhem 17 juli 1908, TKw deel 3, p. 45	32, 33
Amsterdam 14 november 1908, TKw deel 3, p. 76	31
Leeuwarden 30 juni 1909, TKw deel 3, p. 129	31
Leeuwarden 21 juli 1909, TKw deel 3, p. 152 e.v.	31
's-Gravenhage 20 september 1909, TKw deel 4, p. 15 e.v.	33, 42
's-Gravenhage 27 september 1909, TKw deel 3, p. 160	36
Amsterdam 9 januari 1910, TKw deel 4, p. 137	33
Arnhem 13 april 1910, TKw deel 4, p. 49 e.v.	39
's-Gravenhage 10 april 1911, TKw deel 4, p. 145	32
's-Hertogenbosch 25 februari 1913, TKw deel 6, p. 19	30, 36
's-Hertogenbosch 9 december 1913, TKw deel 6, p. 106	32
's-Hertogenbosch 6 april 1915, TKw deel 8, p. 6 e.v.	32
Amsterdam 30 januari 1916, TKw deel 8, p. 46 e.v.	29
Arnhem 15 februari 1916, TKw deel 8, p. 37 e.v.	33
's-Hertogenbosch 4 mei 1919, TKw deel 8, p. 1	36
Amsterdam 21 februari 1928, TAMK jrg. 7, 1928, p. 1653 e.v.	70-71
Amsterdam 2 juni 1931, NJ 1931, p. 1080, TAMK jrg. 10, 1931, p. 2956	76
Amsterdam 19 januari 1949, NJ 1949, 628	89-90
's-Gravenhage 19 december 1997, FJR mei 1998, nr. 5, p. 124 (rek.nr. 639H97)	210
's-Gravenhage 19 december 1997, FJR mei 1998, nr. 5, p. 124 (rek.nr. 780H97)	210
's-Hertogenbosch 11 februari 1998, FJR mei 1998, nr. 5, p. 123	211
Amsterdam 19 februari 1998, NJ kort 1998, 33	174
Arnhem 24 maart 1998, FJR nov. 1998, nr. 11, p. 274-275	326
's-Hertogenbosch 17 april 1998, NJ 1999, 80	211
Amsterdam 23 april 1998, FJR dec. 1999, nr. 12, p. 261-263	159
's-Gravenhage 21 augustus 1998, NJ 1998, 865	174
Amsterdam 20 september 1999, NJ 2000, 282	113
's-Hertogenbosch 27 oktober 1999, NJ kort 2000, 4	211

## Rechtbanken

Amsterdam 29 januari 1906, TKw deel 1, p. 89 e.v.	41
Amsterdam 8 februari 1906, TKw deel 1, p. 89 e.v.	41
Amsterdam 2 maart 1906, TKw deel 2, p. 97	31
's-Hertogenbosch 30 maart 1906, TKw deel 1, p. 145	41
Amsterdam 10 april 1906, TKw deel 1, p. 89 e.v.	41
Amsterdam 11 mei 1906, TKw deel 1, p. 89 e.v.	41
's-Hertogenbosch 11 september 1906, TKw deel 1, p. 89 e.v.	41



Arnhem 4 februari 1907, TKw deel 2, p. 17	36
Amsterdam 24 juni 1907, TKw deel 2, p. 97 e.v.	31
Amsterdam 6 januari 1908, TKw deel 2, p. 129	36
Rotterdam 6 januari 1908, TKw deel 2, p. 129	36
Utrecht 15 oktober 1908, TKw deel 3, p. 76	31
Assen 25 mei 1909, TKw deel 3, p. 129	31
's-Gravenhage 26 mei 1909, TKw deel 4, p. 15 e.v.	33, 42
Groningen 25 juni 1909, TKw deel 3, p. 152 e.v.	31
Rotterdam 28 juli 1909, TKw deel 3, p. 160	36
Arnhem 28 oktober 1909, TKw deel 4, p. 49 e.v.	39
Arnhem 14 maart 1910, TKw deel 4, p. 49 e.v.	39
Rotterdam 13 mei 1910, TKw deel 4, p. 58 e.v.	33
's-Gravenhage 10 november 1910, TKw deel 4, p. 145	32
Amsterdam 7 december 1910, TKw deel 4, p. 137	33
Amsterdam 30 november 1910, TKw deel 4, p. 153	32
's-Gravenhage 22 november 1911, TKw deel 5, p. 65 e.v.	30
Breda 17 januari 1913, TKw deel 6, p. 19 e.v.	30
Arnhem 15 november 1915, TKw deel 8, p. 37 e.v.	33
Amsterdam 22 november 1916, TKw deel 8, p. 126	33
Amsterdam 13 december 1922, TAMK jrg. 4, 1925, p. 421	67
Amsterdam 28 mei 1924, TAMK jrg. 4, 1925, p. 460	66
's-Hertogenbosch 19 juni 1928, WvhR nr. 11879, TAMK jrg. 7, 1928, p. 1898	67
Haarlem 22 juni 1931, NJ 1932, p. 56, TAMK jrg. 11, 1932, p. 3095	68
Rotterdam 10 april 1931, TAMK jrg. 10, 1931, p. 2934	70
Rotterdam 30 oktober 1931, TAMK jrg. 12, 1933, p. 3456 e.v.	68
Rotterdam 27 november 1931, TAMK jrg. 12, 1933, p. 3456 e.v.	68
Rotterdam 20 april 1937, NJ 1938, nr. 595	74
's-Gravenhage 31 oktober 1949, NJ 1950, 483	74
Rotterdam 26 april 1995, NJ 1995, 589	174
Utrecht 20 november 1996, NJ 1997, 180	166
Utrecht 26 maart 1997, NJ 1999, 462	166, 215
Utrecht 18 juni 1997, NJ kort 1997, 59	174
Leeuwarden 14 december 1998, FJR juni 1999, nr. 6, p. 144	111
Rotterdam 18 december 1998, FJR juni 1999, nr. 6, p. 141	111
's-Hertogenbosch 21 december 1998, rapport cie. Weterings I, bijlage 1	166

## Overige instanties

### Supreme Court of Canada

Beson v. Director of Child Welfare for Newfoundland, [1982] 2 S.C.R. 716	275
Racine v. Woods, [1983] 2 S.C.R. 173	275
King v. Low, [1985] 1 S.C.R. 87	275
Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.), [1994] 2 S.C.R. 165	277
New Brunswick (Minister of Health & Social Services) v. L. (M.), [1998] 2 S.C.R. 534	275
New Brunswick (Minister of Health & Community Services) v. G. (J.), [1999] 3 S.C.R. 46	238, 239, 258, 322
Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W., [2000] 2 S.C.R. 519	239, 264, 265

## United States Supreme Court

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 1965	239
Lassiter v. Dept. of Social Services of Durham County, North Carolina, 452 U.S. 18, 101 S.Ct 1388, 1981	239
Santosky v. Kramer, 455 U.S. 745, 102 S. Ct. 1388, 1982	239

## Overig

R. v. Gynhall, 1893 2 QB 232	240
T.J. Montréal, nr. 500-41-000775-844, 30 oktober 1984	247
Re W. (1980), 13 R.F.L. 380 at 382 (Ont. Prov.Ct.)	260
Re C. (1980), 14 R.F.L. (2d) 21 at 26 (Ont. Prov. Ct.)	260

# Trefwoordenregister

aanwijzing 56, 72-79, 87-91, 98, 208, 229, 297

-schriftelijke 110-117, 135, 149-151, 302, 304

-marginale toetsing 112-113

-inhoudelijke toetsing 112-113

adoptie 172, 267, 268

Afstand Ouderrechten 171-173

akkoordverklaring 220

Ambtenaar voor de Kinderwetten 49

Armenzorg 30, 70, 76

-samenwerking Voogdijraad 50-52, 55

Awb 111-113, 115-117, 182

-beschikking 111

-negatieve lijst 111

belang-clausule 3, 32-33, 45

belangenafweging 3, 112, 135, 234, 239, 294, 311, 334, 338

belanghebbende

-niet-ontvankelijk 115, 216-217

bereidverklaring ouders 166-169, 178, 197, 199, 304-305

bestuursorgaan 111-112, 115-116, 182

bijzonder curator 208-211, 216, 302

blokkaderecht 110, 135, 137, 163, 171, 304, 328

Bureaus Jeugdzorg 103, 316-318, 319, 320, 333, 334

Bureau Rechtshulp 231, 322

case conference 255, 256-257

cassatie

-schending van recht 195-198

-verzuim van vormen 186-187, 194, 198-200

correction paternelle 86-87, 88

criminel

-jeugdige 11

deskundigenrapport 223-224, 234, 331

devolutive werking 203

discretionaire bevoegdheid 187, 198, 244, 247, 273

draagmoederschap 171-176, 178

echtscheidingsprocedure 121, 124, 158

echtscheidingsbeschikking 151

EVRM

-negatieve verplichting 102

-positieve verplichting 102, 238

family life 325, 328, 338

-art. 8 EVRM 117, 144, 310, 341-342

family group conference 255-256

gehechtheidsrelatie 279, 281, 305, 309, 328, 338, 162, 164, 165

gesloten inrichting 119, 134-135, 147, 183, 209-212, 225, 233, 322

gezagsbeëindiging

-maatregel tot 340-341

-tijdelijke 341

gezamenlijk gezag 149-151, 178

gezinsleven

-recht op respect voor 1-6, 147, 293-297, 308, 312, 315, 328

gezinsvoogd

-invoering 55-64

guardian at litem 258, 259

GVI

-beleidsvrijheid 113, 127, 327, 328

-uitvoeringsbeleid 113, 114, 116, 128

hechting 161-164, 166-169

hechtingspersoon 161, 162

herstel

-juridische toetsing 67

-wetswijziging 1929 67-68

hulpverlener

-dubbelrol 244

hulpverleningsovereenkomst 179, 246-250, 282, 285, 318-320

jeugdcriminaliteit 21, 44, 61, 295, 306, 342

jeugdstrafrecht

-Canada 238, 242-243, 262

kiesrecht 34, 78, 170

kinderbescherming

-basisprincipes in Canada 271-277

kinderbeschermingsbemiddeling 250-257, 271, 291, 320-321, 333

kinderbeschermingsmaatregelen

-grenzen 68-76

kindermishandeling 244, 245, 252, 253

kinderrechtbank 52-53, 54-55, 77, 243

kinderrechter

-civielrechtelijke bevoegdheden 58-59

-deskundigheid 58, 107

-dubbelfunctie 108, 299

-invoering 53-58

-onafhankelijkheid 108, 113

-onpartijdigheid 2, 104, 106, 108, 113, 127, 185, 262

-specialisme 261-263, 271

-taak 2, 106-108, 110, 126, 299, 327

Kinderwetten

-1901 1, 8-15

-herziening 41-43

legaliteitseis *139, 181*  
 maatregel  
   -van hulp en steun *154-155*  
 medische behandeling *149, 239, 249, 263, 267, 268*  
   -ervangende toestemming *149*  
 meldplicht *245*  
 minderjarige  
   -recht op continuïteit *309, 333*  
   -zelfstandig beroep *83, 116, 209, 212*  
 motivering  
   -hoger beroep *202, 209*  
   -mondelinge *183, 205, 230*  
   -schriftelijke *132, 183, 205, 206, 287, 301*  
   -wettelijke plicht *5, 198, 331*  
 motiveringsbeginsel *183*  
 motiveringsplicht  
   -EVRM *188-192*  
   -functies van *185-186*  
   -omvang en inhoud *186-188*  
 need of protection *257, 263-264, 272-274, 277, 278, 283, 286, 290*  
 netwerkplaatsing *267, 280, 289, 309*  
 niet-ontvankelijkheid *189, 203, 215-217, 232*  
 noodzakelijkheidsvereiste *3, 134, 135, 227, 293*  
 observatiehuis *60, 72, 73*  
 observatieplaatsing *75, 81, 83, 97, 98, 297*  
 omgangsondersteuning  
   -maatregel van *335*  
 omgangs-OTS *158, 231*  
 omgangsproblematiek *159-160, 177, 200, 212-213, 217, 218, 335*  
 ontheffing  
   -begrip ongeschiktheid *29-30, 68, 174*  
   -begrip onmacht *29-30, 174*  
   -oneigenlijk gebruik *70*  
 ontzetting  
   -bijkomende straf *7, 9, 30, 43*  
   -begrip grove verwaarlozing *30-31, 34-38, 40-41, 69*  
   -begrip slecht levensgedrag *25, 31-32, 40-41*  
   -oneigenlijk gebruik *69-70*  
   -wetswijziging *1929 67-68*  
 open normen  
   -EVRM *144-145*  
   -kinderbescherming *138-140, 145, 205, 272-273*  
   -aanvullende werking *140*  
   -voordelen en gevaren *142-144*  
 opvoedingsondersteuning  
   -adolescenten *335*  
   -maatregel van *305, 333-336, 337, 338, 340, 341*  
 opvoedingsplaatsing  
   -adolescenten *337*  
   -maatregel van *336-338, 341*  
   -onbepaalde tijd *338-340*  
   -voorlopige *336-337*  
 opvoedingsplan *334, 335, 336*  
 opvoedingsproblemen *28, 212-214, 217, 315, 316*  
 OTS  
   -ambtshalve *63, 124, 158*  
   -bestuursrecht *115-117*  
   -invoering *59-60*  
   -preventieve werking *72*  
   -rechtsgrond *131-134*  
   -strafrechtelijke *57, 59, 156-157*  
   -zelfstandige minderjarige *153-156, 320*  
 ouderlijk gezag  
   -inbreuk ouderlijk gezag *3, 5, 131*  
   -na echtscheiding *149-151*  
 ouderlijke macht  
   -herstel *33*  
   -recht of plicht *15-18, 18-20, 22*  
 overheid  
   -verplichting tot bescherming *2-3, 16-17, 22, 308, 310*  
 parens patriae *240*  
 permanency planning *279-283*  
 plaatsingsplan *340*  
 pleeggezinplaatsing  
   -jonge kinderen *161-163, 164, 169, 304-305, 309*  
 Pro Juventute *47, 49-50, 63, 76*  
 probation *53-54, 56, 59, 77, 242-243, 296*  
 probation officer *49, 50, 53*  
 proefherstel *66, 89, 96*  
 proportionaliteit *124, 126, 135, 275, 293, 312, 336*  
 raadsman *204, 209-211, 214, 324*  
   -toevoeging *109, 134, 210, 211, 212, 232*  
 rechtsbijstand *231, 257-261, 321-324*  
   -jeugdige misdadigers *49*  
 rechtsgrond  
   -definitie *3*  
 rechtspositie  
   -bij UHP door gezinsvoogd *78, 97*  
   -minderjarige *101, 109, 209, 233*  
   -pleegouders *109, 304, 327*  
   -zwakke *78, 122*  
 rechtvaardiging  
   -definitie *3*  
 RvdK

- toetsende taak 325-329
- strafrechtelijke procedure 156, 157, 177, 183
- subsidiariteit 131, 133, 312, 330, 336
  - van interventie 63, 293
- supervision order 263, 266-267, 269, 270, 282, 283, 284, 288, 289
- tijdsbegrip 272, 282
- tuchtrecht
  - ouderlijk 86-87, 157
- tuchtschool 48, 60, 73, 77, 78, 81, 87, 91, 92, 96-98, 134, 157
- uithuisplaatsing
  - categorie 127
  - op aanwijzing gezinsvoogd 73-75, 78, 87, 90-91, 98, 297
  - rechtsgrond 134-135, 298
  - tweejaarstermijn 134, 147, 160-161, 163, 164, 166, 169
  - uitzonderingen tweejaarstermijn 94-96, 99, 160, 165, 168
- vaderlijke macht 7, 8, 9, 12, 13, 16, 18, 19
- verwaarlozing
  - objectief en subjectief 34-38
- vonnis 185, 186, 189, 193, 203, 204
  - civiel 185
  - straf 185
- voogdij
  - van derde 5, 340
- Voogdijraad
  - invoering 13
  - preventief werk 48-49
  - voorlopige toevertrouwing 14, 83
  - toepassing Kinderwetten 66, 69, 70, 73, 74, 76, 78
- voorlopige OTS
  - herziening 118-119
- voorlopige toevertrouwing
  - wijziging 83, 98, 118
- voorlopige voogdij
  - invoering 122-124
  - vervaltermijn 2, 121-125, 127
- Voorziening voor Pleegzorg 208, 304, 325, 326, 327
- vrijheidsbeneming 134, 211
- vrijwillige plaatsing 135, 137, 138, 304, 328
- zelfstandigheidsplan 249, 335, 337

# Trefwoordenregister

aanwijzing 3.4.1, 3.5.4.3, 4.2.4, 4.3.1, 4.4, 9.2.1.1, 9.3.4.8, 11.1.2  
-schriftelijke 5.2.3, 5.2.4, 6.4, 7.2.2, 11.1.3  
-marginale toetsing 5.2.3  
-inhoudelijke toetsing 5.2.3  
adoptie 7.4.2, 10.2.3.6  
Afstand Ouderrechten 7.4.2  
akkoordverklaring 9.3.2  
Ambtenaar voor de Kinderwetten 3.2.2  
Armenzorg 2.7.2.2a, 3.5.3.2, 3.6  
-samenwerking Voogdijraad 3.2.3, 3.3.3  
Awb 5.2.3, 5.2.4, 8.1  
-beschikking 5.2.3  
-negatieve lijst 5.2.3  
belang-clausule 1.1, 2.7.2.2d, 2.8  
belangenafweging 1.1, 5.2.3, 6.3, 9.4, 10.2.1, 11.1.1, 11.2.1, 11.2.3  
belanghebbende  
-niet-ontvankelijk 5.2.4, 9.2.1.6  
bereidverklaring ouders 7.3.4, 7.3.5, 7.5, 8.4.1, 8.4.2, 11.1.3  
bestuursorgaan 5.2.3, 5.2.4, 8.1  
bijzonder curator 9.2.1.1, 9.2.1.2, 9.2.1.6, 11.1.3  
blokkaderecht 5.2.2, 6.4, 6.5, 7.3.3, 7.4.2, 11.1.3  
Bureaus Jeugdzorg 5.1, 11.2.2, 11.2.3  
Bureau Rechtshulp 9.4, 11.2.2  
case conference 10.2.3.3  
cassatie  
-schending van recht 8.4.1  
-verzuim van vormen 8.2.2, 8.3, 8.4.2  
correction paternelle 4.2.3, 4.2.4  
criminelen  
-jeugdige 2.2  
deskundigenrapport 9.3.4.2, 9.4, 11.2.2  
devolutieve werking 8.5.2  
discretionaire bevoegdheid 8.2.2, 8.4.1, 10.2.3.1, 10.2.3.2, 10.3.1  
draagmoederschap 7.4.2, 7.5  
echtscheidingsprocedure 5.3.3, 5.3.4, 7.2.6  
echtscheidingsbeschikking 7.2.2  
EVRM  
-negatieve verplichting 5.1  
-positieve verplichting 5.1  
family life 11.2.2, 11.2.3  
-art. 8 EVRM 5.2.5, 6.8, 11.2.1, 11.2.3  
family group conference 10.2.3.3

gehechtheidsrelatie 10.3.2.2, 11.1.3, 11.2.1, 11.2.2, 7.3.2, 7.3.3, 7.3.4  
gesloten inrichting 5.2.2, 6.3, 7.1, 8.1, 9.2.1.2, 9.3.4.4, 9.4, 11.2.2  
gezagsbeëindiging  
-maatregel tot 11.2.3  
-voorlopige 11.2.3  
gezamenlijk gezag 7.2.2, 7.5  
gezinsleven  
-recht op respect voor 1.1, 1.2, 6.1, 7.1, 11.1.1, 11.2.1  
gezinsvoogd  
-invoering 3.4  
guardian at litem 10.2.3.4  
GVI  
-beleidsvrijheid 5.2.3, 5.4, 11.2.2  
-uitvoeringsbeleid 5.2.3, 5.2.4, 5.4  
hechting 7.3  
hechtingspersoon 7.3.2  
herstel  
-juridische toetsing 3.5.2.2  
-wetswijziging 1929 3.5.2.3  
hulpverlener  
-dubbelrol 10.2.3.1  
hulpverleningsovereenkomst 7.5, 10.2.3.2, 10.3.2.2, 10.3.2.3, 11.2.2  
jeugdcriminaliteit 2.5, 2.8, 3.4.4, 11.1.2, 11.1.3, 11.3  
jeugdstrafrecht  
-Canada 10.2.1, 10.2.2, 10.2.3.5  
kiesrecht 2.7.2.4, 3.6, 7.4.1  
kinderbescherming  
-basisprincipes in Canada 10.3.1  
kinderbeschermingsbemiddeling 10.2.3.3, 10.3, 10.4, 11.2.2, 11.2.3  
kinderbeschermingsmaatregelen  
-grenzen 3.5.3  
kindermishandeling 10.2.3.1, 10.2.3.3  
kinderrechtbank 3.3, 3.6, 10.2.2  
kinderrechter  
-civielrechtelijke bevoegdheden 3.4.2  
-deskundigheid 3.4.2, 5.2.1  
-dubbelfunctie 5.2.1, 11.1.2  
-invoering 3.3  
-onafhankelijkheid 5.2.1, 5.2.3  
-onpartijdigheid 1.1, 5.1, 5.2.1, 5.2.3, 5.4, 8.2.1, 10.2.3.5  
-specialisme 10.2.3.5, 10.3  
-taak 1.1, 5.2.1, 5.2.3, 5.4, 11.1.2, 11.2.2  
Kinderwetten

- 1901 *1.1, 2.2, 2.3*
- herziening *2.7, 5.2*
- legaliteitseis *6.6, 8.1*
- maatregel
  - van hulp en steun *7.2.4*
- medische behandeling *7.2.2, 10.2.1, 10.2.3.2, 10.2.3.6*
- vervangende toestemming *7.2.2*
- meldplicht *10.2.3.1*
- minderjarige
  - recht op continuïteit *11.2.1, 11.2.3*
  - zelfstandig beroep *5.2.4, 9.2.1.2*
- motivering
  - hoger beroep *8.5*
  - mondelinge *8.1, 9.1, 9.4*
  - schriftelijke *6.2, 8.1, 9.1, 10.3.3, 11.1.3*
  - wettelijke plicht *1.2, 8.4.2, 11.2.2*
- motiveringsbeginsel *8.1*
- motiveringsplicht
  - EVRM *8.2.3*
  - functies van *8.2.1*
  - omvang en inhoud *8.2.2*
- need of protection *10.2.3.4, 10.2.3.6, 10.3.1, 10.3.2.1, 10.3.2.3, 10.3.3, 10.4*
- netwerkplaatsing *10.2.3.6, 10.3.2.2, 10.4, 11.2.1*
- niet-ontvankelijkheid *8.2.3, 8.5.2, 9.2.1.5, 9.4*
- noodzakelijkheidsvereiste *1.1, 6.3, 9.3.4.6, 11.1.1*
- observatiehuis *3.4.3, 3.5.4.3*
- observatieplaatsing *3.5.4.3, 4.1, 4.2.1, 4.4, 11.1.2*
- omgangsondersteuning
  - maatregel van *11.2.3*
- omgangs-OTS *7.2.6, 9.4*
- omgangsproblematiek *7.2.6, 7.5, 8.4.2, 9.2.1.3, 9.2.1.7, 11.2.3*
- ontheffing
  - begrip ongeschiktheid *2.7.2.2a, 3.5.2.3, 7.4.2*
  - begrip onmacht *2.7.2.2a, 7.4.2*
  - oneigenlijk gebruik *3.5.3.2*
- ontzetting
  - bijkomende straf *2.1, 2.2, 2.7.2.2a, 2.8*
  - begrip grove verwaarlozing *2.7.2.2b, 2.7.3, 2.7.5.1, 3.5.3.1*
  - begrip slecht levensgedrag *2.6, 2.7.2.2c, 2.7.5.1*
  - oneigenlijk gebruik *3.5.3.1*
  - wetswijziging 1929 *3.5.2.3*
- open normen
  - EVRM *6.9*

- kinderbescherming *6.6, 6.10, 9.1, 10.3.1*
- aanvullende werking *6.6*
- voordelen en gevaren *6.8*
- opvoedingsondersteuning
  - adolescenten *11.2.3*
  - maatregel van *11.1.3, 11.2.3*
- opvoedingsplaatsing
  - adolescenten *11.2.3*
  - maatregel van *11.2.3*
  - onbepaalde tijd *11.2.3*
  - voorlopige *11.2.3*
- opvoedingsplan *11.2.3*
- opvoedingsproblemen *2.7.2.1, 9.2.1.3, 9.2.1.7, 11.2.2*
- OTS
  - ambtshalve *3.4.5, 5.3.4, 7.2.6*
  - bestuursrecht *5.2.4*
  - invoering *3.4.3*
  - preventieve werking *3.5.4.2*
  - rechtsgrond *6.2*
  - strafrechtelijke *3.4.1, 3.4.2, 7.2.5*
  - zelfstandige minderjarige *7.2.4, 11.2.2*
- ouderlijk gezag
  - inbreuk ouderlijk gezag *1.1, 1.2, 6.1*
  - na echtscheiding *7.2.2*
- ouderlijke macht
  - herstel *2.7.2.3*
  - recht of plicht *2.4, 2.5*
- overheid
  - verplichting tot bescherming *1.1, 2.4.1, 2.5, 11.2.1*
- parens patriae *10.2.2*
- permanency planning *10.3.2.2*
- plaatsingsplan *11.2.3*
- pleeggezinplaatsing
  - jonge kinderen *7.3, 11.1.3, 11.2.1*
- Pro Juventute *3.1, 3.2.2, 3.4.5, 3.6*
- probation *3.3.2, 3.4.1, 3.4.2, 3.6, 10.2.2, 11.1.2*
- probation officer *3.2.2, 3.3.2*
- proefherstel *3.5.2.1, 4.2.5, 4.4*
- proportionaliteit *5.3.4, 5.3.5, 6.3, 10.3.1, 11.1.1, 11.2.1, 11.2.3*
- raadsman *8.5.3, 9.2.1.2, 9.2.1.3, 11.2.2*
  - toevoeging *5.2.2, 6.3, 9.2.1.2, 9.4*
- rechtsbijstand *9.4, 10.2.3.4, 11.2.2*
  - jeugdige misdadigers *3.2.2*
- rechtsgrond
  - definitie *1.1*
- rechtspositie
  - bij UHP door gezinsvoogd *3.6, 4.4*
  - minderjarige *5.1, 5.2.2, 9.2.1.2, 9.4*
  - pleegouders *5.2.2, 11.1.3, 11.2.2*

- zwakke 3.6, 5.3.3
- rechtvaardiging
  - definitie 1.1
- RvdK
  - toetsende taak 11.2.2
- strafrechtelijke procedure 7.2.5, 7.5, 8.1
- subsidiariteit 6.1, 6.2, 11.2.1, 11.2.2, 11.2.3
  - van interventie 3.4.5, 11.1.1
- supervision order 10.2.3.6, 10.3, 10.3.2.2, 10.3.2.3, 10.4
- tijdsbegrip 10.3.1, 10.3.2.2
- tuchtrecht
  - ouderlijk 4.2.3, 7.2.5
- tuchtschool 3.2.1, 3.4.3, 3.5.4.3, 3.6, 4.1, 4.2.3, 4.3.2, 4.4, 6.3, 7.2.5
- uithuisplaatsing
  - categorie 5.4
  - op aanwijzing gezinsvoogd 3.5.4.3, 3.6, 4.2.4, 4.3.1, 4.3.2, 4.4, 11.1.2
  - rechtsgrond 6.3, 11.1.2
  - tweejaarstermijn 6.3, 7.1, 7.2.7, 7.3.3, 7.3.4, 7.3.5
  - uitzonderingen tweejaarstermijn 4.3.4, 4.4, 7.2.7, 7.3.4, 7.3.5
- vaderlijke macht 2.1, 2.2, 2.3, 2.4.1, 2.4.2
- verwaarlozing
  - objectief en subjectief 2.7.3
- vonnis 8.2, 8.3, 8.5.2, 8.5.3
  - civiel 8.2.1
  - straf 8.2.1
- voogdij
  - van derde 1.2, 11.2.3
- Voogdijraad
  - invoering 2.3
  - preventief werk 3.2.1
  - voorlopige toevertrouwing 2.3, 4.2.1
  - toepassing Kinderwetten 3.5.2.1, 3.5.3.1, 3.5.3.2, 3.5.4.3, 3.5.4.4, 3.6
- voorlopige OTS
  - herziening 5.3.1
- voorlopige toevertrouwing
  - wijziging 4.2.1, 4.4, 5.3.1
- voorlopige voogdij
  - invoering 5.3.4
  - vervaltermijn 5.3.3, 5.3.4, 5.3.5, 5.4
- Voorziening voor Pleegzorg 9.2.1.1, 11.1.3, 11.2.2
- vrijheidsbeneming 6.3, 9.2.1.2
- vrijwillige plaatsing 6.3, 6.5, 6.6, 11.1.3, 11.2.2
- zelfstandigheidsplan 10.2.3.2, 11.2.3